

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 Piergiorgioanni, Paolo Pisa, Adriano Sansa, Stefano Savi, Alessandro Vaccaro

Comitato di Direzione:

Ugo Carassale, Pierluigi Chiassoni, Luigi Cocchi, Guido Colella, Giuseppe Donato, Sergio Faiella, Gilda Ferrando, Mauro Ferrando, Andrea Fusaro, Emanuele Lamberti, Antonio Lovisolò, Roberto Negro, Carlo Rossello, Alvaro Vigotti

Redazione:*Coordinamento*

Alessandro Barca

sezione di diritto civile:

Rossella Atzeni, Elena Bassoli (E.B.), Lavinia Botto, Anna Maria Calcagno (AN.CCG.), Francesca Calvari (F.CA.), Marzia Ceresola (M.CE.), Antonio Cimino (A.C.), Simonetta Cocconi (SI.CO.), Francesca Cudia (F.CUD.), Francesca Cuomo Ulloa, Rosario D'Arigo (R.D'AR.), Leopoldo Ghigliotti (L.GH.), Francesco Ghisiglieri (F.GHI.), Carlo Iavicoli, Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Tiby (M.TY.), Stefano Torchio (ST.TOR.), Ivano Vigliotti, Stefano Andrea Vignolo (ST.VGN.)

sezione famiglia e minori:

Cinzia Miniotti, Giuliana Tondina

sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:

Pasquale Costanzo, Lara Trucco

sezione di diritto tributario:

Antonio Lovisolò

sezione di diritto penale:

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

Hanno collaborato a questo numero*sezione di diritto civile:*

Alessio Abbene (AL.AB.), Roberta Anania (R.A.), Rossella Atzeni, Francesca Bagnasco (F.BGN.), Francesca Bartolini (F.BART.), Alexander Beecroft, Massimo Benoit Torsugno (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV.), Silvio Bertieri (SB), Enrico Bet, Marzio Bini (MA.BN.), Antonio Bisignani, Giuseppe Bordoli (G.B.), 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.), Enrico Clerici (E.CLE.), Sandra Compiano (SA.COM.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), Pierpaolo Curri (P.P.CU.), Francesca Dagnino (F.DA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dasso, Daniela Degiovanni (DA.DE.), Gaia De Giovanni (G.D.G.), 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, Serafina Funaro (SE.F.), Giovanna Galione (G.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Stefano Garbarino (S.GARB.), Laura Garibbo (L.GRB.), Franco Augusto Gastaldo (F.A.G.), Paola Gatti (PA.GAT.), Chiara Gianelli (C.GIA.), Christian Graziano (C.GRA.), Marco Grimani (MA.GRI.), Luca Guerrini (LU.GRR.), Silvia Guglielminetti, Giuseppe Inglese (G.ING.), Viviana Isola, Andrea La Mattina (A.LA.M.), Walter Laganà (W.L.), Tiziana Landi (TZ.LND.), Elena Lanzi, Anita Liporace (A.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Fiammetta Malagoli (F.MLG.), Andrea Maura (A.MAU.), Federica Marchese (FED.MH.), Dott. Federica Marchese (FE.MAR.), Cristina Marras, Francesco Simone Melandri (F.S.M.), Jenny Meloni (J.MLN.), Eugenio Migliorini (EU.MI.), Federico Montaldo, Alessandro Nicolini (A.NIC.), Raffaele Nicolini

(RAF.NIC.), Diego Nocera (DI.NO.), Diego Nucifora (D.NCF.), Anna Maria Occasione (A.M.OC.), Silvia Olcese (SI.OL.), Nicola Orecchia (N.OR.), Francesca Orfanelli (F.O.), Giorgia Orsi, Carlo Pasero (C.PA.), Clizia Pastorino (CLI.P.), Sara Pasquini (S.PSQ.), Pier Luigi Luciano Pesce, Nicolò Pescetto (N.P.), Federico Piva (F.PI.), Stefania Polidorou (STE.POL.), Patrizia Piano, Stefania Piano, Giovanni Porcile, Alberto Princiotta, Claudio Rambaldi (CL.RM.), Andrea Rava (A.RAV.), Federico Repetti (FRPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Francesca Ricco, Mario Riccomagno, Enrico Righetti, Raffaella Romoli (R.RO.), Guida Rovegno (GU.R.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Aldo Salvadé (AL.S.), Giulia Santoni (G.S.), Beatrice Scafidi (B.S.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Federico Semino (FD.SMN.), Michele Sivardo (M.SIV.), Laura Sommazzi, Alberto Spinelli (ALB.SPIN.), Paolo Tarnassi, Maurizio Temesio, Federica Testini, Ambra Testoni (A.T.), Gualtiero Timossi, Fabio Toriello, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Valeria Ugolini, Elisabetta Varni (E.VAR.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Jenny Verduci (J.V.), Giacomo Viotti, Fabio Zanolì (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (F.A.Z.)

sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:

Enrico Albanesi (E.AL.), Francesca Bailo (F.B.), Lorenzo Barabino, 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.), Aurelio Domenico Masuelli, Andrea Mozzati, Francesca Paderno (F.P.), Maria Paola Pessagno, Luca Saguato, Alessandro Salustri, Jenny Verduci (J.V.)

sezione di diritto tributario:

Sara Armella (S.A.), Alessia Baldassarre (A.BAL.), Stefano Betti, Andrea Bodrito, Giuseppe Croce (G.C.), Filippo Da Passano (F.P.), Elizabeth Frixione (EL.FR.X.), Andrea Giolo (AN.GI.), Fabio Graziano (F.G.), Marco Grimani (MA.GRI.), Claudia Nouvion (C.N.), Caterina Oliva, Roberta Pera (R.P.), Alessandra Piccardo (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.BR.Z.), 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.), 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



camiceria
abiti
calzature
maglieria
sartoria su misura

bonino & C. s.r.l. Via XX Settembre 92R
Genova
Tel +39 010 580 382-570 5550



Indice

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

- Tribunale di Genova, 4 febbraio 2013 **5**
- Con nota di Enrico Zanelli, *Della rilevanza dei fatti* **6**
- Tribunale di Genova, 16 novembre 2012 **8**
- Tribunale di Genova, 11 ottobre 2012 **9**
- Tribunale di Genova, 10 gennaio 2013 **15**

Massime **20**

Documenti

- *Note a margine delle modifiche al giudizio civile di appello in tema di nuove prove e di rito sommario*
Maria Teresa Bonavia **24**
- *La disciplina applicabile ai rapporti economici internazionali: verso una unitaria funzione dell'autonomia privata in senso sostanziale e internazionalprivatistico*
Sergio Maria Carbone **29**
- *Sull'obbligatorietà della mediazione-conciliazione dopo la sentenza 272/2012 della Corte Costituzionale*
Michele Marchesiello **36**
- *Il futuro della professione legale fra modelli economici e presidio della legalità*
Mario Riccomagno **38**

Recensioni

- *"Ralf Dahrendorf una biografia intellettuale"* di Giovanna Galione
Roberto Negro, **41**

Sezione famiglia e minori

Sentenze e Ordinanze

- Tribunale per i Minorenni di Genova, 26 settembre 2012, **46**

Documenti

- *Meccanismi negoziali a protezione dei soggetti deboli*
Gilda Ferrando, **48**

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze e Ordinanze

- T.A.R. Liguria, 24 gennaio 2013 **55**
- T.A.R. Liguria, 14 dicembre 2012 **57**
- Con nota di Valentina Cavanna, *Divieto di "venire contra factum proprium", abrogazione di norme regionali incompatibili con i principi fondamentali dettati dallo Stato e qualificazione giuridica degli interventi edilizi: il caso della disciplina ligure in tema di recupero dei sottotetti* **60**

Recensioni

- *"Le fonti del diritto linee evolutive"* di Giampaolo Parodi
Pasquale Costanzo **65**
- Michele Marchesiello **66**

Sezione di diritto tributario

Massime **71**

Sezione di diritto penale

Sentenze e Ordinanze

- Tribunale di Genova, 6 dicembre 2012 **75**
- Con nota di Ruggero Navarra e Simone Rivabella, *L'elezione di domicilio come atto recettizio: legittimità, forme ed effetti del rifiuto da parte del difensore* **75**
- Tribunale di Chiavari, 4 febbraio 2013 **76**

Massime **77**

Massime annotate

- Tribunale di Genova, 12 aprile 2011 **79**
- Con nota di Cristina Brigneti, *Omesso versamento Iva e nozione di "ritenute certificate"* **79**

L'Ordine degli Avvocati di Genova ringrazia



BANCA PASSADORE & C.

BANCA PRIVATA INDIPENDENTE FONDATA NEL 1888

NH MARINA

GENOVA | ITALIA



NH MARINA
 Molo Ponte Calvi, 5
 16124 Genova (Italia)
 Tel.+39 010 25391
jhgenovamarina@nh-hotels.com
www.nh-hotels.it

NH Marina è un edificio moderno e funzionale aperto nel 2000, che si trova nell'area del Porto Antico di Genova ed è costruito in lunghezza su quattro piani.

L'hotel riserva ai suoi ospiti uno stile unico negli ambienti eleganti e spaziosi della hall e in tutti gli spazi comuni, propone una perfetta combinazione di stile e comfort che si delinea in tutte le sue 140 camere tra cui 7 suite.

Circondato dall'acqua il ristorante "Il Gozzo", si affaccia sull'incantevole spettacolo del Porto Antico lasciando intravedere la Lanterna simbolo di Genova. Il ristorante d'estate offre la possibilità di cenare e pranzare in terrazza coccolati dall'atmosfera magica del Porto.



NH
 HOTELES

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 4 febbraio 2013, n. 382 - Giudice Viarengo - M. e altri (Avv. Garbarino) c. Associazione Amici del Cane Onlus (Avv. Beecroft).

ASSOCIAZIONE non riconosciuta – adesione – versamento quota associativa – mancata identificazione dei richiedenti – diritto all’ammissione – non sussiste.

(Art. 16 c.c.)

Al fine dell’acquisizione della qualità di socio è richiesto dallo statuto il versamento della quota associativa; tuttavia, tale limitato requisito non esclude che l’aspirante socio debba essere compiutamente identificato e che l’organo amministrativo possa sicuramente riferire al medesimo la volontà di adesione all’associazione. (1)

A fronte della ricezione di un consistente numero di quote associative su bollettini apparentemente compilati dalla stessa mano e contenenti esclusivamente nome e cognome e indirizzo non completo, appare giustificata la richiesta, da parte dell’organo amministrativo, di una istanza scritta di adesione, sottoscritta dall’interessato e contenente i dati identificativi. (2)

L’adesione ad un ente già costituito non si sottrae al requisito dell’accordo delle parti, necessario per la conclusione di ogni contratto. (3)

(... Omissis...) **Motivi della decisione**

Con atto di citazione ritualmente notificato, gli attori richiedevano a questo Tribunale di accertare e dichiarare il loro status di Socio dell’Associazione “Amici del Cane”, la mancata convocazione e ammissione degli stessi all’assemblea del 22 novembre 2008, con conseguente invalidità delle deliberazioni della stessa assemblea ed infine accertare i danni subiti dagli stessi attori.

Con successiva comparsa di costituzione e risposta, si costituiva in giudizio l’associazione convenuta, con richiesta di rigetto delle domande avversarie.

Con ricorso ex art. 700 c.p.c. gli stessi attori chiedevano, in via d’urgenza, al Tribunale di Genova di accertare e dichiarare lo status di Socio dell’Associazione “Amici del Cane” in capo ai ricorrenti, di sospendere l’iter di convocazione dell’assemblea 16 maggio 2009 e/o l’assemblea medesima, di ammettere all’assemblea i ricorrenti ed in via subordinata di sospendere le deliberazioni della stessa assemblea. Con decreto in data 1.3.2010 il Tribunale rigettava questo ricorso, in particolare così motivando: “al fine dell’acquisizione della qualità di socio è richiesto dallo statuto il versamento della quota associativa; che, tuttavia, tale limitato requisito non esclude che l’aspirante socio debba essere compiutamente identificato e che l’organo amministrativo possa sicuramente riferire al medesimo la volontà di adesione all’associazione; nel caso in questione, a fronte della ricezione di un consistente numero di quote associative su bollettini apparentemente compilati dalla stessa mano e contenenti esclusivamente nome e cognome e indirizzo non completo, appare giustificata la richiesta, da parte dell’organo amministrativo, di una istanza scritta di adesione (come peraltro normalmente effettuato anche nel passato), sottoscritta dall’interessato e contenente i dati identificativi; ciò al fine di ot-

tenere le certezze della riferibilità del versamento della quota ad una parte compiutamente identificata”.

Successivamente all’udienza del 10.6.2010 venivano concessi i termini per le memorie istruttorie, con conseguente provvedimento di ammissione delle prove, limitatamente all’interrogatorio formale degli attori ed alle prove testimoniali su alcuni dei capitoli dedotti dalla convenuta.

La fase istruttoria consentiva l’escussione di alcuni testi, mentre l’interrogatorio formale non si poteva esplicitare per la mancata comparizione degli attori alle relative cinque udienze fissate.

Infine veniva fissata udienza per la precisazione delle conclusioni, alla quale udienza precisava solo la convenuta, non comparendo alcuno per gli attori e quindi la causa veniva trattenuta in decisione, previa concessione dei termini di legge per il deposito delle comparse conclusionali e delle eventuali memorie di replica.

Le richieste degli attori sono infondate e, pertanto, devono essere respinte.

La predetta congrua e già esaustiva motivazione di cui al provvedimento di rigetto del ricorso presentato dagli attori ai sensi dell’art. 700 c.p.c., è stata infatti puntualmente confermata nella propria fondatezza, dalla successiva istruttoria del procedimento. In particolare l’esito delle testimonianze ha confermato che almeno parte delle persone il cui nominativo era stato riportato nei bollettini di pagamento non avevano, in realtà, effettuato il versamento, come d’altra parte già attestato dalla documentazione prodotta dalla convenuta. Ancora, gli attori non si sono mai presentati alle udienze per il loro interrogatorio formale, nonostante i ripetuti rinvii, fin troppo generosamente concessi alla luce della altrettanto mancata documentazione di una effettiva impossibilità a presentarsi. Di conseguenza è stata confermata la legittimità della condotta dei responsabili dell’associazione, i quali, avendo inopinatamente ricevuto un troppo consistente e quindi chiaramente anomalo numero di quote associative, su bollettini chiaramente compilati dalla stessa mano, con la stessa calligrafia, e contenenti esclusivamente nome e cognome e indirizzo non completo, del tutto giustificatamente hanno deciso di richiedere una istanza scritta di adesione sottoscritta dall’interessato e contenente i dati identificativi. Condotta del tutto ragionevole ed infatti riscontrabile anche in precedenza, essendo ovviamente motivata dalla necessità di ottenere la certezza della riferibilità del versamento della quota ad una persona compiutamente identificata, requisito davvero minimo per, all’esito delle verifiche, considerarla legittima appartenente all’associazione. In particolare, come nel nostro caso, una associazione che si occupa della cura e della tutela di animali non può non effettuare tali verifiche, accettando quel tipo di assai dubbie adesioni da parte di persone non conosciute, senza averle conosciute personalmente e quindi verificato la loro effettiva predisposizione alla cura degli animali e la loro effettiva disponibilità ad occuparsi dell’impegnativa opera di volontariato oggetto dell’Associazione. Tali ragionevoli e scontate cautele sono stata d’altra parte riscontrate in concreto anche dall’esito delle dichiarazioni rilasciate dai testi, oltreché dalla documentazione prodotta.

D'altra parte, secondo l'insegnamento dalla Corte di Cassazione, l'adesione ad un ente già costituito non si sottrae al requisito dell'accordo delle parti, necessario per la conclusione di ogni contratto, così sentenza n. 3980/1997, quindi quei bollettini di pagamento delle quote associative avrebbero comunque potuto qualificarsi al massimo come mere proposte di adesione, mentre per il perfezionamento dell'accordo avrebbe dovuto seguire, previa la necessaria, come detto, verifica dei requisiti, una idonea accettazione da parte dei responsabili dell'associazione. Tali responsabili, nel nostro caso, hanno diligentemente cercato di rintracciare gli aspiranti soci, inviando a ciascuno di loro, a mezzo posta, un modulo di identificazione da compilare e sottoscrivere personalmente ed all'esito, come detto, hanno anche ricevuto conferma dei loro dubbi sulla autenticità di tali richieste.

Le spese del giudizio seguono le ordinarie regole della soccombenza e sono liquidate come in dispositivo, considerata anche la fase cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale in composizione monocratica, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza ed eccezione disattesa, così provvede:
rigetta tutte le richieste formulate dagli attori;
(... *Omissis*...)

(1-3) Della rilevanza dei fatti

Sommario: 1. *Semplici fatti e sentenza semplice.* - 2. *Un inciso istruttivo.* - 3. *Un'immersione nel vortice associativo.* - 4. *La consuetudine sillogistica vincolata ai codici e la flessibilità dell'analisi fattuale.*

1. Semplici fatti e sentenza semplice.

Ecco una sentenza stringata, per cui anche il presente commento ha il dovere di esserlo (anzi, è stato scritto ad elogio della brevità), pur se ovviamente destinato per sua natura a introdurre qualche annotazione di approfondimento più o meno sintetica.

Nella sua concisione, la motivazione della decisione è basata con schiettezza - verrebbe da dire - sui fatti interpretati con il semplice criterio del buon senso o senso comune. Vale dunque la pena di comprendere il meccanismo di un ragionamento giuridico che ha seguito un percorso insolitamente diretto, che non costituisce affatto, tuttavia, una comoda quanto frettolosa scorciatoia ma piuttosto uno sforzo di destrutturazione di artifici curiali non di rado abusati per incardinare formalismo ed eccesso tuzioristico.

I fatti - certo messi in fila con cura dalla parte convenuta e verificati - nelle loro linee essenziali possono essere così ulteriormente riassunti. Un'associazione non lucrativa essenzialmente volontaristica - poi riconosciuta come onlus - costituita per la tutela dei cani riceve (come talvolta accade) una cospicua eredità da una benefattrice, già impegnata in vita nella missione associativa. Dopo questo evento, all'associazione viene inopinatamente versato un numero eccezionale di quote per l'iscrizione di un elenco di nuovi soci, peraltro con un'unica operazione da parte di un solo soggetto la cui grafia è riconoscibile nella formazione di tutto l'elenco di persone non meglio identificate, anzi ad una verifica risultate ignare, irreperibili o inesistenti. Essendo tali iscrizioni respinte dagli organi direttivi dell'organizzazione, gli stessi presunti "interessati" citano in giudizio l'associa-

zione per la convalida dello *status* di soci conseguente al semplice versamento della quota prevista ed anzi sollecitano incidentalmente un decreto d'urgenza in vista della richiesta e denegata partecipazione ad una assemblea convocata nel frattempo. Dopo che la richiesta del decreto *ex art.* 700 c.p.c. è respinta e non essendo alcuno dei presunti attori (di cui all'elenco) comparso in giudizio, la sentenza in esame conclude (ricalcando il decreto) per l'esclusione di una valida iscrizione dei non identificati e fantomatici richiedenti e aspiranti ad una sorta di "scalata" (come si trattasse di un'operazione finanziaria su una società quotata), con condanna alle spese processuali.

In sostanza, il Giudice ha ritenuto riconoscibile *ictu oculi* l'infondatezza e la pretestuosità della richiesta di attori inesistenti in causa ed indicati senza riscontro alcuno da un unico originario promotore dell'iniziativa, a sua volta non comparso egli stesso (dopo il rigetto dell'istanza per il decreto d'urgenza) in sede di precisazione delle conclusioni delle parti. Bene ha fatto il giudice monocratico a non preoccuparsi d'altro, a fondamento della propria decisione, se non della mancata identificazione dei pretesi sottoscrittori della quota associativa, non senza essersi permesso un accenno, che potrebbe definirsi drammaturgicamente un "a parte" ovvero un *obiter dictum*, sulla necessità dell'identificazione di un aspirante socio anche ai fini di verificarne opportunamente la coerenza personale con la missione associativa. Ma qui già si sarebbe scivolati sul terreno delle possibili complicazioni di una causa di primo grado già di per sé della durata di due o tre anni. Il compito di complicare una causa semplice è dunque da riservare piuttosto ai commentatori.

2. Un inciso istruttivo.

Nel corso della controversia si è fatto cenno anche alla circostanza (ignorata nella sentenza evidentemente perché ultronea rispetto al principale motivo assorbente) dell'inadempimento da parte dei "richiedenti a propria insaputa" delle formalità - richiamate nel modulo di iscrizione normalmente in uso - relative alla presa d'atto della mostruosa normativa burocratica a tutela della riservatezza o *privacy*, come è invalso l'uso di dire. Ma su questo punto verrebbe la tentazione di dar ragione a quegli inadempienti che fossero consapevolmente insofferenti di quella normativa, il cui costo in termini di carta, tempo e disattenta osservanza coatta è emblematico dell'indifferenza dell'approccio culturale italiano nei confronti del fattore economico della produttività).

3. Un'immersione nel vortice associativo.

Ma veniamo alle considerazioni di fondo sullo stile o *modus operandi* adottato dal giudicante. Anche a rileggere la sentenza da cima a fondo, per assicurarsi che non si tratti di una svista, non si trova citato - ad eccezione dell'avvenuto passaggio attraverso la procedura del 700 c.p.c. - alcun articolo del codice civile o di procedura né di alcun'altra legge vigente o abrogata o in corso di approvazione. E qui sta veramente il maggior pregio di un ragionamento non paludato ma teso alla nuda verità. Questa osservazione, come vedremo, ha carattere sistemico e sarà ripresa nelle conclusioni di questo scritto d'occasione.

Naturalmente il giurista avvertito ha in testa a questo punto il panorama dei temi che la vicenda potrebbe (ma non necessariamente) evocare. Il più ovvio *topos* dottrinario suscettibile di identificazione e approfondimento sarebbe l'*intuitus personae* quale necessario o possibile collegamento di ogni soggetto individuale al suo ente corporativo di ap-

partenza o pretesa appartenenza, anche a seconda della natura dell'ente (società, associazione nelle varie manifestazioni concrete di questa figura, cooperativa ecc.) e dei requisiti richiesti per farne parte: "vasto programma", basterebbe ripetere per evidenziarne così anche l'impossibilità in questa sede, dove piuttosto è da segnalare e considerare brevemente nei suoi risvolti solo l'emergenza del fenomeno delle associazioni di volontariato o senza scopo di lucro e così della *species* delle "onlus" (organizzazioni non lucrative di utilità sociale) Da un lato queste associazioni, di per sé esistenti da sempre in ambito relativamente ristretto, hanno assunto specifica rilevanza anzitutto in virtù dell'introduzione di agevolazioni fiscali con varie leggi succedutesi negli ultimi venti anni, dall'altro lato esse si sono di conseguenza prevedibilmente moltiplicate - d'altronde in coerenza con la deliberata incentivazione del terzo settore quale motore civico di utilità sociale - talché non esiste oggi alcuna specie animale, alcuna malattia più o meno rara o diffusa, alcuna categoria di bisognosi di assistenza, alcuna iniziativa definita ecologica, alcun settore culturale che non sia oggetto di attività di volontariato o utilità sociale, costituite formalmente in associazioni od onlus. In linea di principio i volontari operano gratuitamente per passione in quanto amanti dei cani o sensibili alle esperienze dolorose provocate in tanti esseri umani dalle più diverse malattie. Ed ecco il significato determinante dell'*intuitus personae* quanto alla genuinità, riconducibile anche ai suoi membri, della missione di un'organizzazione e quanto al conseguente riconoscimento dei benefici accordati a buon titolo dal sistema legislativo e fiscale. Le proporzioni assunte dal fenomeno di questo settore agevolato richiedono ora peraltro una valutazione attenta e matura delle sue effettive caratteristiche, così che non venga tradito, con espedienti nominalistici, il fondamento del suo spirito originario: il che non significa frapporre ostacoli a quanto di positivo esso produce, ma al contrario salvarlo dalla corruzione della sua natura, come è da tempo avvenuto palesemente per le cooperative, in cui il principio essenziale della "mutualità" è stato sostituito nell'evoluzione di una legislazione accomodante dall'espressione "mutualità prevalente", cui nella realtà non corrisponde quasi più, ormai, il corollario di prestazioni gratuite e reciprocamente vantaggiose per i soci e solo per essi. Tutto ciò non sarebbe affatto disonorevole, perché conseguenza inevitabile del mutare dei tempi e di tutto il contesto sociale: a parte piccole e genuine organizzazioni, le medie e grandi organizzazioni richiedono lavoratori (e dirigenti; e amministratori) retribuiti, non certo singoli benemeriti volontari che dopo aver provveduto al proprio sostentamento esercitando un qualsiasi mestiere dedichino alla "cooperativa" (si pensi ad esempio alle catene di supermercati) il proprio tempo libero. Ciò che è disonorevole è che si faccia finta che le cose non stiano così e che non si provveda ragionevolmente ad un aggiornamento della considerazione e della disciplina del fenomeno, invece di vagheggiare, come si è pur fatto, il connubio di capre e cavoli, ossia cooperative quotate in borsa, che peraltro non sarebbero ormai molto diverse per capitalizzazione dalle attuali e dalle loro partecipate società ordinarie strumentali.

Per le associazioni di volontariato o più in generale di "utilità sociale" (con un approccio legislativo dominato dalla retorica e dal corporativismo) si profila, in misura non ancora massiccia ma comunque significativa, analoga problematica per analoghe circostanze. Siamo tutti esposti a vistose campagne pubblicitarie, anche televisive. che comportano non

solo rilevanti investimenti ma soprattutto l'esistenza di un'organizzazione sostanzialmente imprenditoriale per la raccolta di fondi da destinare in ultima analisi ai beneficiari della missione associativa (ad es. scienziati ricercatori di nuove terapie), una volta però detratte dai fondi raccolti fra il pubblico le spese relative alla propria attività e all'acquisto di beni e servizi esterni, ossia alla propria stessa sussistenza. Tutto ciò incide anche sui requisiti su cui si conforma l'*intuitus personae* ma richiederebbe altresì la formulazione di criteri attinenti una proporzione accettabile fra le spese relative all'auto-sostentamento dell'organizzazione, affinché non ammontino, come pare talvolta accada, al 70% delle risorse disponibili, così da lasciare ai destinatari previsti dai fini istituzionali un più modesto 30% delle risorse raccolte fra un pubblico benignamente estraneo a questi calcoli. Va anche detto che nei casi più positivi quelle proporzioni sono rovesciate. (Un'osservazione fra parentesi: proprio l'attività collegata ai canili, all'origine di questo discorso, sta raggiungendo, ad esempio a Milano, dimensioni non trascurabili). Infine, negli Stati Uniti è da tempo in corso, forse con eccessivo rigorismo, una revisione critica, anche sul piano della normativa fiscale, delle attività lucrative gestite da enti *non profit* (ad esempio il ristorante all'interno di un museo) che si sottraggono alla tassazione. E proprio a proposito della cultura (teatri, manifestazioni culturali e pseudo-culturali promosse da assessori in vena di auto-promozione, ecc.) sarebbe ora che la gente si abituasse a pagare beni e servizi culturali per quello che costano (come per le scarpe, il prosciutto o la partita di calcio) anziché fingere di amarli purché siano gratis o quasi, quindi a carico dei contribuenti anche più disagiati, visto che raramente in Italia sono a carico di mecenati, mentre per fortuna inizia a svilupparsi la sponsorizzazione per ragioni di mercato certo non ispirate da altruismo..

4. La consuetudine sillogistica vincolata ai codici e la flessibilità dell'analisi fattuale.

Conclusa questa apparente digressione, che in realtà ha sviluppato, sotto altri profili della stessa fenomenologia, il misurato accenno del giudice circa la "vocazione" richiesta alle associazioni ed ai loro associati, vengo all'osservazione sistemica anticipata all'inizio e che è suggerita dall'assenza, in tutto lo svolgimento della sentenza, di qualsiasi richiamo ad articoli di uno o più testi legislativi.

Che un simile richiamo sia stato evidentemente e strutturalmente superfluo ai fini della decisione non toglie che ci si trovi così, insolitamente, al di fuori del sillogismo giudiziale che vede come consolidato modello, nella normalità dei casi, qualche articolo del codice come *genus* o *premessa maggiore* e la fattispecie *sub iudice*, ricompresa nel *genus*, come *premessa minore* nella concatenazione che conduce alla *conclusione*. Si tratta, naturalmente, non di un vezzo o vizio dei giudicanti ma di una strettoia o stortura del sistema codicistico - di qualsiasi sistema codicistico - che comporta fra l'altro necessariamente l'esistenza di un immenso spazio di lacune e la libertà o l'arbitrio di interpretazioni non tanto opinabili quanto, spesso, di comodo. Tutti sanno che vi sono ordinamenti giuridici senza codici e pochi testi legislativi, quale quello americano, per non parlare di quello della beata (sotto questo profilo) Inghilterra che fa a meno anche di una Costituzione scritta. E tutti sanno che in tali ordinamenti i criteri di giudizio sono basati essenzialmente, per non dire esclusivamente, sul precedente consolidato, con rari rivolgimenti epocali, che diventano a loro volta precedenti cogenti, ad opera tipicamente delle Corti Supreme.

Tuttavia anche chi, fra i nostri giuristi, ha buona conoscenza di tali meccanismi, troppo spesso trascura, o non tiene nel debito conto, il peso del frequentissimo disconoscimento dei precedenti basato sull'utilizzo del criterio ancor più ferreo del *distinguaishing*, ossia delle distinzioni che si possono e si devono fare tra il caso concreto che ha dato luogo al "precedente" e il caso oggetto del nuovo giudizio, che da quello ovviamente molto spesso si discosta per situazioni e vicende non del tutto coincidenti e tanto meno identiche. (Finisce così che sia invece il nostro l'autentico sistema sotto traccia dei precedenti, che sono poi le *massime* della Cassazione da cui, per consolidato rispetto e senza approfondimenti fattuali esclusi per definizione, è comprensibile non si discostino facilmente i giudici e quindi, giustamente, gli avvocati che se ne fanno interpreti presso i loro assistiti per valutare le possibilità di vittoria o soccombenza).

Una particolare ricchezza nell'economia, per così dire, delle giurisprudenze anglosassoni è dunque, a ben vedere, dovuta a ciò: che si fa a meno dei codici e si fa anche tranquillamente a meno dei precedenti. Si giudica sui fatti, sia pure rivestendoli di considerevoli argomentazioni dialettiche. Che sia una tecnica non disprezzabile, da utilizzare, naturalmente *con juicio e salvis iuribus*, anche da noi?

Enrico Zanelli
Professore emerito dell'Università di Genova

Tribunale di Genova, 16 novembre 2012 - Giudice Tutobene.

PROCEDIMENTO civile – eccezione riconvenzionale di usucapione – tardività – inammissibilità.

(Art. 167 c.p.c.)

DIVISIONE – diritto di abitazione.

(Art. 540 c.c.)

Integra un'eccezione riconvenzionale, e non una mera difesa volta a contestare la sussistenza dei fatti costitutivi del diritto affermato dall'attore, la contestazione della proprietà del bene per intervenuta usucapione. Essa è pertanto inammissibile in quanto tardiva se dedotta per la prima volta con la memoria di cui all'art. 183 comma VI n. 1 c.p.c. e non in comparsa di costituzione e risposta ex art. 167 c.p.c.

La norma di cui all'art. 540 c.c. che riserva al coniuge il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano non è applicabile al convivente.

La costituzione del diritto di abitazione in capo al coniuge superstite presuppone che la casa familiare sia di proprietà esclusiva del de cuius (eventualmente in comunione con il coniuge), e non può avvenire quando il defunto sia comproprietario del bene con terzi e privo di un pieno potere di godimento sulla casa.

F.O.

(... Omissis...)

Motivi della decisione

Oggetto della presente decisione è la divisione dei beni morando dismessi da A.B., deceduto il 11/4/63, il quale aveva lasciato al mondo la moglie A.N., successivamente deceduta il 17/5/05, nonché i figli:

- F.B., odierno attore;

- E.B., deceduto il (...), lasciando come eredi la moglie sepa-

rata L.G.e la figlia A.B. (oggi convenuti) nonché i figli E.B. e F.B. (minori), nati dalla convivenza con A.G. e oggi convenuti in persona della madre esercente la potestà genitoriale;

- C.B., deceduta nel 1976 lasciando come erede la figlia A.D., oggi convenuta;

- M.B., oggi convenuta.

La maggior parte dei beni ereditari era stata liquidata consensualmente dai coeredi nel corso degli anni.

La presente causa è stata promossa da F.B., che ha citato in giudizio gli altri coeredi per sentir pronunciare la divisione giudiziale degli ultimi beni immobili rimasti in comproprietà, e precisamente:

a) un complesso di immobili siti nel Comune di Mele, loc. "Il Fado", cui le parti fanno riferimento con la locuzione di "beni del T.";

b) la casa unifamiliare sita in Genova, salita superiore di Sant'Anna civ. 2.

Le parti riconoscono, nelle rispettive difese conclusionali, che in corso di causa i beni del T. sono stati quasi interamente venduti con conseguente divisione consensuale del ricavato. Non vi è esplicita rinuncia di tutti alla domanda divisionale per i residui beni, sicché si deve demandare al prosieguo della causa, (che, come si dirà tra breve, deve continuare comunque per la divisione dell'immobile sito in Genova) di pronunciare la eventuale cessazione della materia del contendere o di stabilire se resti l'esigenza di provvedere sui residui beni in comunione. Per quanto riguarda la casa di Salita (...), si osserva quanto segue.

La convenuta G.A., quale rappresentante dei figli minori E. e F.B., si è opposta alla divisione del bene, sostenendo che una parte dell'immobile in questione sarebbe divenuto di proprietà esclusiva dei predetti minori a seguito di usucapione.

L'attore replica che tale questione integrerebbe una domanda o comunque una eccezione riconvenzionale, inammissibile perché tardivamente proposta.

A tale proposito va osservato che:

1. Le deduzioni della convenuta integrano effettivamente una eccezione riconvenzionale, e non una mera difesa volta a contestare la sussistenza dei fatti costitutivi del diritto affermato dall'attore. È noto che si ha una mera difesa quando il convenuto si limiti a contestare la verità storica dei fatti che costituiscono il fondamento della domanda attorea; si ha un'eccezione quando vengano dedotti fatti impeditivi o estintivi del diritto azionato. In tema di divisione ereditaria, i fatti su cui si basa la domanda dell'attore sono diversi, e variano con il tipo di delazione ereditaria che si assume essersi verificato: comunque tra essi rientrano esclusivamente circostanze fattuali, come per esempio la morte del de cuius, il rapporto di parentela intercorrente tra questo e gli eredi, e così via. Le mere difese sono quelle che si limitano a contestare tali fatti. Tra esse non rientra la contestazione della proprietà del bene (non importa se effettuata direttamente nei confronti del de cuius, cioè sostenendo che questi non era proprietario di un determinato bene al momento dell'apertura della successione, o nei confronti degli eredi): la proprietà, invero, non è un fatto storico, ma una qualificazione giuridico. Sono bensì ipotizzabili casi in cui la contestazione della proprietà può ritenersi basata su mere difese: ma ciò avviene solo quando oggetto della contestazione sia la sussistenza dell'acquisto del de cuius inteso come mero fatto storico. Quando invece il convenuto faccia valere un proprio successivo acquisto, che avrebbe fatto perdere la proprietà del bene in capo al de cuius o comunque avrebbe fatto venir meno la comunione ereditaria su quel bene (come avviene nel caso dell'usucapione), ci si trova nel campo

della deduzione dei fatti estintivi del diritto dell'attore, e quindi nel campo delle eccezioni.

2. L'eccezione di usucapione, del resto, è per legge sottratta alla rilevabilità d'ufficio. L'art. 1165 c.c. richiama infatti in materia di usucapione le disposizioni generali sulla prescrizione, tra le quali si trova la non rilevabilità d'ufficio sancita dall'art. 2938 c.c.

Una volta stabilito che l'usucapione dedotta dalla convenuta integra una eccezione in senso stretto, resta solo da affermare che, ai sensi dell'art. 167 comma II c.p.c. la difesa avrebbe dovuto essere proposta, a pena di decadenza, con la comparsa di costituzione. Siccome essa è stata invece dedotta per la prima volta con la memoria di cui all'art. 183 comma VI n. 1 c.p.c., ne deve essere dichiarata l'inammissibilità, come richiesto dall'attore.

La convenuta A.G. ha poi eccepito, in via subordinata ma sempre preliminare:

a) l'esistenza del suo diritto ad abitare nella casa di S. (...) insieme con i figli minori fino alla maggiore età di questi ultimi o comunque per un ventennio, in forza di quanto prescritto dall'art. 155 quater c.c., posto in favore del coniuge ma applicabile, secondo giurisprudenza, anche al convivente di fatto. Il richiamo all'art. 155 quater, che disciplina i rapporti patrimoniali tra coniugi in caso di separazione, è palesemente fuori luogo nella presente causa, che riguarda la successione di A.B., padre del convivente della G. e nonno dei minori. Neppure varrebbe richiamare l'art. 540 c.c. in tema di diritto di abitazione del coniuge, in primo luogo perché la norma non è applicabile al convivente, e soprattutto perché la costituzione del diritto di abitazione in capo al coniuge superstite presuppone che la casa familiare fosse di proprietà esclusiva del de cuius (eventualmente in comunione con il coniuge), e non può avvenire quando il defunto (nel caso che qui interessa E.B.) fosse semplice comproprietario del bene con terzi, privo di un pieno potere di godimento sulla casa. Va sottolineato che, al di là del richiamo alle norme sopra citate, la convenuta non ha indicato altro titolo legale o negoziale da cui deriverebbe l'esistenza del diritto vantato. Nelle conclusioni della parte è bensì fatto richiamo a quanto affermato nella relazione del c.t.u., Geom. J., il quale, incaricato della stima dell'immobile, aveva osservato che per determinare il valore del bene occorreva tenere conto anche dell'esistenza su di esso del diritto di abitazione di E. e F.B.; tale richiamo però non giova alle difese della parte, perché l'affermazione del c.t.u. non risulta fondata su alcuna risultanza processuale, tanto che il giudice istruttore aveva disposto la determinazione del valore dell'immobile, b) il fatto di avere richiesto (ed ottenuto) dal giudice tutelare l'autorizzazione ex art. 320 c.c. ad effettuare lo scioglimento della comunione a condizione che venisse contestualmente affermato il diritto dei minori a continuare ad abitare nell'immobile, ovvero, in subordine, il loro diritto di ottenere un conguaglio di Euro 480.000 per la perdita di tale diritto. L'eccezione è manifestamente infondata, perché l'autorizzazione del giudice tutelare rileva ai fini del compimento degli atti negoziali della parte, e non ai fini della divisione giudiziale, che deve essere decisa nella presente sede a prescindere dal contenuto delle autorizzazioni. Per il medesimo motivo, va escluso che sia ostativo alla divisione giudiziale il fatto che il giudice tutelare, in esito ad ulteriore ricorso della odierna convenuta, avesse autorizzato lo scioglimento della comunione a condizione che ai minori venisse riconosciuto il soddisfacimento di un loro credito presso una fondazione con sede nel Liechtenstein.

Disattendendo tutte le eccezioni sollevate dalla convenuta C., e rilevato che tutte le altre parti in causa concordano sulla ne-

cessità di procedere alla divisione, si deve affermare che l'immobile di Salita (...) ricade nella comunione senza essere gravato da diritti esclusivi di proprietà o di godimento in capo alla G. e ai di lei figli. Le quote di comproprietà, per concorde dichiarazione di tutte le parti in causa, sono le seguenti:

- F.B. 5/18
- M.B. 3/18
- Eredi di E.B. 5/18
- Eredi di A.N. 5/18.

L'immobile di cui si tratta, come risulta dalla relazione del Ctu Geom. J., è una casa unifamiliare di tre piani situata nel centro cittadino. È evidente che si tratta di bene non comodamente divisibile, posto che ricavare da essa diverse unità immobiliari corrispondenti alle singole quote di comproprietà non solo sarebbe estremamente difficile, ma soprattutto richiederebbe significative opere edilizie incompatibili con la nozione di "comoda divisibilità".

Si dovrà pertanto procedere alla vendita ed alla conseguente distribuzione del ricavato. L'attore, le convenute L.G. e A.B. e altresì la convenuta M.B. hanno fatto presente che le quote pertinenti agli eredi di A.N. sono oggetto di altro procedimento di divisione che pende tra le stesse parti presso questo ufficio al n. 9417/07 RG, ed hanno chiesto la riunione dei due processi. Tale istanza non deve essere accolta: la riunione, non imposta da alcuna norma di legge, renderebbe viepiù macchinose le operazioni di divisione e sarebbe quindi di nocimento alla speditezza del procedimento, soprattutto in considerazione del fatto che nella divisione di cui al processo n. 9417/07 sono coinvolti ulteriori beni che non fanno parte della presente causa. Corretta è invece la soluzione prospettata in via subordinata dall'attore, che prevede la liquidazione dell'immobile e l'accantonamento della quota corrispondente alla proprietà degli eredi No. (che comunque si identificano sempre nei figli della de cuius, e quindi negli odierni litiganti), che dovrà essere divisa secondo quello che verrà disposto nell'altro processo. La causa prosegue per le operazioni di vendita.

Spese al definitivo.

P.Q.M.

Non definitivamente pronunciando, disattesa ogni contraria istanza:

- dichiara sciolta la comunione dei beni morendo dismessi il 11/4/1963 da A.B.;
- dichiara che tra i beni da dividere ricade tra l'altro, per la quota di 13/18, l'immobile sito in Genova Salita (...);
- dichiara che su tale immobile non sussistono diritti esclusivi in favore di A.G., E.B. e F.B.;
- dichiara sciolta la comunione tra gli eredi di A.B. e gli eredi di A.N. in relazione all'immobile di cui sopra; provvede con separata ordinanza in merito alle operazioni di vendita dell'immobile di cui sopra.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 11 ottobre 2012, n. 3288 - Giudice Lucca - M. (Avv.ti Mezzogori e Simoncini) c. M. s.n.c. (Avv.ti Rovere e Boggero) e c. S. s.r.l. (Avv. Casalegno), M. s.p.a. (Avv.ti Michelis e Boggero), N. s.r.l. (Avv. Montale), E. s.p.a. (Avv.ti Gualco e Sollazzo) e S. s.r.l. (contumace).

RESPONSABILITÀ civile - immissione in commercio di prodotto alimentare non sicuro - responsabilità del produttore - sussistenza.

(Artt. 117, 114, 104, 6 d.lgs. 206/05)

RESPONSABILITÀ civile – responsabilità del produttore – produttore effettivo e produttore di fatto – disciplina applicabile.

(Art. 103 d.lgs. 206/05)

VENDITA – vizio della cosa venduta – confezione alimentare priva di avvertenze precauzionali – obbligo di controllo – configurabilità.

(Art. 1492 c.c.)

DANNI in materia civile – danno non patrimoniale – liquidazione – collegamento alla concreta penosità della vicenda – criteri.

(Artt. 2056, 1223 c.c.)

È responsabile il produttore alimentare che immette in commercio una partita di confezioni di olive snocciolate contenenti per errore un elemento pericoloso per l'integrità fisica del consumatore (nocciole) non riportando le confezioni in etichetta avvertenze utili alla prevenzione di possibili danni.

La disciplina sulla responsabilità del produttore si applica non solo al fabbricante effettivo ma anche a qualsiasi persona giuridica che si presenta come produttore apponendo sul prodotto il proprio marchio.

Il venditore al dettaglio di una partita di merce confezionata risponde verso il cliente a titolo di responsabilità contrattuale per il vizio della cosa venduta per violazione dell'obbligo di controllo delle avvertenze poste sulle confezioni, pur non essendo tenuto alla verifica del contenuto del prodotto.

(Nella specie, una consumatrice subiva lesioni alla dentatura per effetto della masticazione di un nocciolo contenuto in una confezione di olive snocciolate acquistata in un supermercato. Il giudice di prime cure ha riconosciuto la responsabilità aquiliana del produttore, in concorso con l'inadempimento contrattuale del venditore al dettaglio, liquidando in favore della danneggiata il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale).

S.VGN.

(... Omissis...)

Motivi della decisione

Con atto di citazione notificato il 6 e l'8 ottobre 2008, l'attrice lamentava di avere risentito un danno (patrimoniale e non) dal fatto che, in un barattolo di olive snocciolate recante il marchio "Valle degli Ulivi" che ella ebbe ad acquistare nel settembre 2006 presso il Supermercato Ekom Frescaspesa di Genova, via Canepari 149, era contenuta anche un'oliva col nocciolo. Ella, infatti, senza avvedersene, la masticò (il giorno 15.9.2006, in una pietanza da lei stessa preparata), cagionandosi lesioni di una certa rilevanza all'apparato masticatorio. Sul barattolo non era presente alcuna avvertenza circa l'eventualità che le olive potessero contenere dei noccioli, come invece - poi risultò dalla indagini dei NAS- in altri barattoli dello stesso produttore (Francesco e Luigi Merano snc), appartenenti a lotti evidentemente successivi. Invocando - quindi - sia la responsabilità del produttore per un prodotto difettoso ai sensi dell'art. 117 d. lvo 206/2005, sia la disciplina dei vizi della vendita dall'altro, chiamava in giudizio il supermercato ove le acquistò (società Fresca Spesa Srl) nonché il produttore e precisamente la società titolare del marchio, la Francesco e Luigi Merano Snc, corrente in Chiusavecchia, corso Marconi 1. Quest'ultima (di qui in poi Snc) chiamava

in giudizio la società Fratelli Merano Spa (di qui in poi SPA), corrente in Chiusavecchia Via Lucinasco 2, che allegava essere l'effettivo utilizzatore del marchio "La Valle degli Ulivi" e produttore del prodotto in questione, a seguito di un comodato gratuito concesso dalla Snc. Il supermercato - a propria volta - chiamava in giudizio il rivenditore del prodotto, ossia Nume Srl (nonché, a seguito delle affermazioni di Francesco e Luigi Merano snc, la stessa Fratelli Merano spa), che chiamava sua volta in giudizio il rivenditore Piccardo e Savoré srl, anche essa corrente in Chiusavecchia, via Lucinasco 2. Fratelli Merano Spa chiamava a sua volta in giudizio la Compagnia di assicurazione Aig Europe. Piccardo e Savoré srl, pur ritualmente citata, non si costituiva in giudizio.

A causa delle diverse chiamate di terzo, la prima udienza si teneva solo il 17.10.2009. Poiché la domanda non era fondata esclusivamente sulla responsabilità del produttore, ma anche su quella dei vizi della vendita, il giudice non procedeva alla richiesta estromissione della parte venditrice e dei grossisti intermedi, che erano in causa anche per la intervenuta vendita e rivendita del prodotto e quindi a titolo contrattuale. Dopo alcune preliminari questioni circa le modalità di produzione di alcuni barattoli di vetro (di cui si dirà oltre) e l'ammissione e lo svolgimento di un'articolata istruttoria orale (sono stati sentiti sette testimoni), veniva licenziata una CtU per la stima dei danni risentiti dalla sig.ra Maranini al proprio apparato masticatorio. Dopo un rinvio richiesto dalle parti in vista di un tentativo di definizione stragiudiziale, si è pervenuti alla presente decisione con termine di 45 giorni per le conclusionali e 20 per le repliche.

Preliminarmente

Sulla produzione dei barattoli, si è disquisito abbastanza in causa. La faccenda, in realtà, è piuttosto semplice: l'attore si è presentato poco prima del deposito della seconda memoria istruttoria con alcuni barattoli (meglio indicati nella lista) che avrebbe voluto produrre quale prova precostituita. La Cancelleria ha invitato il difensore-secondo la prassi seguita fino ad allora da alcune sezioni del Tribunale- a non depositare i barattoli perché fragili, e a mettere gli stessi a disposizione, senza lasciarli in Cancelleria. Così si è regolato il difensore. All'udienza del 23 marzo 2010 -a fronte della contestazione delle controparti circa la irritualità del deposito, l'attore ha chiesto di essere in ogni caso rimesso in termini, atteso che solo a causa di un errore della Cancelleria, che sostanzialmente rifiutava il deposito di oggetti fragili o quantomeno non lo rendeva possibile, non aveva potuto effettuare regolarmente lo stesso. Chiedeva, qualora la prassi non fosse riconosciuta come nota, che fosse sentito come teste il Presidente del Tribunale, dott. Claudio Viazzi, in merito a tale uso. Il giudice rimetteva in termini l'attore per il deposito alla luce della notoria prassi esistente (fino ad allora) presso la Cancelleria della prima sezione, che aveva sostanzialmente reso impossibile all'attore di effettuare il deposito dei barattoli.

A questo punto, i barattoli sono stati anche materialmente inseriti nel fascicolo (ovviamente in un apposito contenitore), come risulta dal verbale di deposito del 14.5.2010, allegato al verbale di udienza. Di conseguenza nessuna tardività affligge la produzione dei barattoli.

In fatto

Costituisce un primo aspetto fondamentale comprendere se sia stato provato in questo giudizio che l'oliva non snocciata, che ha cagionato alla attrice i danni lamentati durante la cena che più testimoni hanno chiaramente descritto, provenisse da una confezione Valle degli Ulivi prodotta dalla so-

cietà Merano (o meglio da una delle due società Merano) acquistata presso il supermercato Fresca Spesa.

Difatti in giudizio le convenute hanno sollevato molti dubbi circa questa corrispondenza.

Dalla testimonianza della cognata dell'attrice, Iolanda Rete (pagg. 17-22 verbale), è risultato che la stessa ha accompagnato la signora Maranini ad acquistare le olive nel supermercato appositamente per cucinare il coniglio alla ligure nella cena cui ella stessa ebbe anche a partecipare, ed ha anche assistito alla preparazione del coniglio.

Dubitano le convenute che si sia raggiunta la prova, poiché introducono tra l'acquisto delle olive e la preparazione gastronomica uno scarto temporale di qualche giorno, nel quale - suppongono- la signora Maranini avrebbe potuto introdurre altre olive nella confezione (magari per sbarazzarsi di un altro barattolo tenuto in casa).

Altro elemento che valorizzano le convenute in modo particolare sono i referti Arpal 12.10.2006 (doc. 32E e 32F attrice) e la comunicazione dei NAS alla Procura della Repubblica di Genova del 10 gennaio 2007 (prod. 32A).

Occorre precisare che la sig.ra Maranini subito dopo i fatti ha sporto querela (doc. 3 e 32B attrice) per le lesioni riportate ed ha consegnato al NAS un barattolo di olive snocciolate Valle degli Ulivi (privo della avvertenza) nonché il reperto della oliva non snocciata che ha masticato. Il Nas ha incaricato l'ARPAL di effettuare delle analisi e i referti ARPAL hanno concluso nel senso che non era possibile ricondurre con certezza il campione dell'oliva masticata dalla signora al barattolo Valle degli Ulivi perché le olive contenenti noccioli "hanno dimensioni differenti"

Non vale affermare che tutte le olive avessero calibro diverso una dall'altra, come interpreta la difesa attorea: nel referto di analisi è scritto "non esistono elementi probanti per definire l'appartenenza del nocciolo del campione 16246 perché le olive contenenti i noccioli risultano di dimensioni diverse", che significa che specificamente quelle olive contenenti un nocciolo (come si vedrà erano due) avevano un calibro differente dalle altre.

Orbene, questo di per sé non significa che necessariamente provenissero da un altro barattolo, perché in un prodotto naturale possono esservi differenze tra un esemplare ed un altro specie se la differenza non riguarda la tipologia di olive, ma solo la dimensione.

Si è quindi ammessa l'attrice a provare la provenienza dell'oliva provvista di nocciolo rispetto alle olive contenute nel barattolo Valle degli Ulivi acquistato all'ekom Fresca Spesa. La cognata sig.ra RETE, come detto, ha partecipato all'acquisto delle olive e alla preparazione.

Se si leggono le sue dichiarazioni si evincono alcuni dati: in primo luogo, che il barattolo delle olive era stato acquistato proprio in vista della preparazione del coniglio alla ligure per quella cena. L'esistenza di uno scarto temporale di alcuni giorni tra la spesa e la cena, che ha fatto dubitare le convenute che nei giorni intercorsi sarebbe stato possibile alla signora Maranini introdurre delle olive (ovviamente col nocciolo) nel barattolo in questione, è privo di riscontro. Il fatto che il giorno in cui venne comprato il barattolo non era precisato né in citazione né nel capitolo di prova nr 1 non significa che lo stesso non coincidesse col giorno in cui del 15 settembre 2006 in cui venne preparata la pietanza del coniglio alla ligure. La testimonianza della signora Rete è in questo assai chiara: le olive vengono alla sua presenza comprate appositamente per cucinare il coniglio per quella cena e il condimento del coniglio viene preparato utilizzando proprio le

olive di quel barattolo. Non si parla di alcuno scarto temporale (e sarebbe stata una reticenza) e nessuna zona d'ombra. La signora Rete assiste alla preparazione del coniglio e vede utilizzare proprio le olive che le due cognate hanno comprato insieme. Così si leggono queste dichiarazioni "ho comprato insieme con al signora Maranini il barattolo di olive con il quale è stato cucinato nel settembre 2006 il coniglio alla ligure.. ero andata a fare la spesa con la signora Maranini appositamente per preparare tale cena.. Io guardavo la signora Maranini cucinare. Ho visto estrarre le olive da un barattolo identico a quello sub produzione 22 rammostrato ed introdurle nella pentola nella quale era cucinato detto coniglio.. Le olive introdotte come condimento nel sugo del coniglio provenivano dalla confezione che la signora Maranini ha acquistato alla mia presenza". Oltre a confermare poi l'incidente alla dentatura durante la successiva cena.

Nessuna altra dichiarazione conferma l'esistenza di olive di diversa tipologia: le convenute hanno valorizzato le affermazioni del figlio dell'attrice, Alessandro Bevilacqua (pag. 31-36 verbale) che avrebbe parlato di olive "verdi e nere" In realtà il teste si è limitato a rispondere -su precisa domanda in merito - che il colore delle olive era dal verde scuro al quasi nero: è notorio che le olive di cui si tratta si chiamano nere, ma nere non sono... sono marrone scuro, verde scuro! Basta vedere le foto prodotte ed ancora meglio osservare i barattoli di olive in atti, che ancora le contengono... Il teste non ha fatto altro che descrivere con precisione il fatto-noto che le olive di quella qualità hanno colori diversi una dall'altra... Peraltro ha aggiunto, a scanso di equivoci, che erano tutte della stessa qualità e dimensione. Nei barattoli n. 33 e 34 assolutamente integri e contenuti nel fascicolo (reperto 191 conservato in cassaforte), sono ancora contenute le olive: esse sono in parte marrone scuro, alcune sono verde-beige: quindi il colore non è affatto omogeneo, come è peraltro noto nelle olive del tipo "taggiasco".

Quanto ai referti dell'Arpal citati, essi riferiscono di olive col nocciolo di diversa dimensione rispetto a quelle senza nocciolo. Precisamente si riferisce che era presente un'oliva col nocciolo su 31 olive presenti nella confezione e un'oliva col nocciolo nel campione di tre olive di cui quella masticata dalla signora. Vi è da osservare che l'Arpal, nella sua precisione, non parla di olive di tipologia diversa, o di qualità diversa, cosa che, avendo da analizzare ben due campioni e non solo quello masticato dalla signora, avrebbe rilevato sicuramente. Evidenzia solo che le olive avevano dimensioni differenti. Quindi non viene rilevata una qualità o un colore differente. Quindi, a questo punto, risulta ben difficile che ipotizzare che la signora Maranini acquistasse le olive nell'immediatezza della cena proprio per preparare il coniglio, e poi, non si comprende bene perché, introducesse nel barattolo Valle degli Ulivi due olive col nocciolo (e solo due) - che avrebbe prese da altro barattolo ma sarebbero state della stessa qualità - , senza peraltro che la vedesse la cognata che assisteva alla preparazione e partecipava alla cena Salvo poi, una volta fattasi male, portare il barattolo anche con la residua oliva col nocciolo (aggiunta) al NAS, cosa che avrebbe chiaramente manifestato l'esistenza di olive diverse per qualità... Ossia se davvero la signora avesse posto in essere il comportamento di cui sopra ed avesse voluto, una volta fattasi male con una delle due olive introdotte da sé stessa nella confezione, addossare (ma si deve dire fraudolentemente!) la responsabilità al produttore di olive snocciolate, non avrebbe portato al Nas il vasetto con dentro anche un'oliva diversa per tipologia proveniente da altra confezione. Semplicemente, l'avrebbe tolta!

E invece si trattava, come testimonia il teste Bevilacqua, di olive tutte della stessa qualità, sia pure cangianti nel colore come sono quelle olive. Nessuna altra oliva quella sera aveva il nocciolo, questo lo hanno riferito tutti e tre i partecipanti alla cena. In realtà, come si evidenzia dai referti Arpal, esistevano in quel barattolo due olive contenenti un nocciolo, diverse per dimensioni rispetto a quelle snocciolate. Non erano olive diverse per qualità o tipologia, ed il fatto che fossero diverse per dimensioni forse spiega proprio come mai quelle olive avessero superato i controlli di fabbrica. Difatti le olive erano probabilmente più piccole, di modo che hanno così -pur recando in sé il nocciolo - superato i diversi filtri (fisici, meccanici e di controllo visivo) adottati come controllo sulla procedura di snocciamento presenti nella fabbrica e ampiamente descritti negli atti di parte.

Quindi occorre ritenere che l'oliva che ha cagionato il danno alla signora provenisse dalla confezione della Valle degli Ulivi. Si tratta di confezione di un prodotto indubbiamente prodotto col marchio La Valle degli Ulivi e comprato presso il supermercato Fresca Spesa.

La confezione, come attestano il barattolo prodotto sub 22 e soprattutto le dichiarazioni del figlio della signora Maranini, non riportava avvertenze circa la possibile presenza di noccioli. Lo stesso, subito dopo il fatto, ha esaminato il barattolo delle olive ed ha verificato che questa dicitura non è stata riportata sulla confezione. La sua testimonianza è apparsa assolutamente precisa e credibile. È lo stesso teste che ha parlato di olive di colori differenti e quindi un teste che si è preoccupato di dare atto effettivamente di quanto percepito.

Non è vero, peraltro, che dalla testimonianza della teste Rete risulterebbe la presenza della avvertenza, come afferma il supermercato Fresca Spesa. La teste ha solo affermato di non aver fatto questa verifica, ma di avere letto solo una parte delle etichette. Ha poi affermato che il barattolo 22 e il barattolo nr. 34 sono identici quanto al nome del prodotto. Segno soltanto al massimo del fatto che la signora non ne nota le differenze, atteso che il primo barattolo non riporta le avvertenze sulla possibile presenza di noccioli che l'altro invece riporta, come un semplice esame dei predetti barattoli consente agevolmente. È come la signora, pur avendoli davanti durante la testimonianza, non ha notato.

Che esistessero queste confezioni di olive Valle degli Ulivi senza avvertenza è dimostrato anche dagli stessi barattoli prodotti, che sono allegati agli atti. In particolare i barattoli nr. 22.23.24.25, tutti recanti marchio Valle degli Ulivi, non riportano in alcuna delle proprie parti l'avvertenza sulla presenza dei noccioli. Invece i barattoli nr. 33 e 34 riportano la presente avvertenza: "Lavorazione artigianale meccanica. Attenzione è possibile riscontrare noccioli o parte di essi all'interno del frutto". Tra l'altro, a differenza di quanto si è affermato, non è vero che questa dicitura sia presente su un'etichetta appositamente aggiunta, ma i nuovi barattoli hanno proprio un'etichetta diversa, nel senso che sull'unica etichetta prevista sul barattolo è contenuta anche l'avvertenza.

Anche il Nas, nel rapporto trasmesso alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Genova il 10.1.2007, evidenzia che barattoli dallo stesso Nas poi sequestrati in seguito riportavano le avvertenze: invece, nel verbale di querela allegato, che sostanzia anche un verbale di consegna ("vi consegna...") della confezione originaria di olive l'etichetta del barattolo consegnato dalla sig Maranini, interamente ritrascritta nel verbale di querela redatto dal Nas, attesta la mancanza delle avvertenze.

Ancora una cosa convince della mancanza delle avvertenze

sul barattolo originario: se sul barattolo consegnato dalla signora fosse stata riportata l'avvertenza il Nas da un lato lo avrebbe certamente indicato, nella CNR per far rilevare come la mancanza di avvertenza indicata dalla querelante era in realtà inesistente; inoltre, avrebbe evitato di mandare all'Arpal le olive per la verifica della provenienza dal barattolo, a fronte di una avvertenza esplicita, non vi sarebbe stata la necessità di ulteriori indagini.

Quindi, si deve ritenere che mancasse un'avvertenza che riguarda direttamente la pericolosità intrinseca del prodotto e le modalità di uso che possono evitare al consumatore un danno, in questo caso un trauma fisico.

Responsabilità del produttore e del venditore

Si configura pertanto senza dubbio un caso di prodotto difettoso. Ai sensi dell'art. 117 D.L.vo 206/2005 un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere, tenuto conto di tutte le circostanze, tra cui le istruzioni e le avvertenze fornite. L'art. 6 del Codice del Consumo stabilisce nel contenuto minimo delle informazioni obbligatorie anche "l'eventuale presenza di materiali che possono arrecare danno all'uomo. (lett. D), le eventuali precauzioni d'uso ove utili ai fini di fruizione e sicurezza del prodotto".

Nel caso di specie il prodotto - da un lato - non avrebbe dovuto contenere noccioli e dall'altro avrebbe comunque dovuto avvertire il consumatore della presenza di noccioli e quindi invitarlo alla precauzione.

Secondo la disciplina di cui alla legge sulla responsabilità da prodotto, la responsabilità per il prodotto difettoso sussiste in capo al produttore del prodotto ai sensi degli artt. 104 e seguenti.

È infatti disposto che (Art. 104) "Il produttore immette sul mercato solo prodotti sicuri. 2. Il produttore fornisce al consumatore tutte le informazioni utili alla valutazione e alla prevenzione dei rischi derivanti dall'uso normale o ragionevolmente prevedibile del prodotto, se non sono immediatamente percettibili senza adeguate avvertenze, e alla prevenzione contro detti rischi. La presenza di tali avvertenze non esenta, comunque, dal rispetto degli altri obblighi previsti nel presente titolo. 3. Il produttore adotta misure proporzionate in funzione delle caratteristiche del prodotto fornito per consentire al consumatore di essere informato sui rischi connessi al suo uso e per intraprendere le iniziative opportune per evitare tali rischi, compresi il ritiro del prodotto dal mercato, il richiamo e l'informazione appropriata ed efficace dei consumatori."

In tal caso il produttore risponde a meno che non ricorra uno dei casi previsti dall'art. **Art. 118, che esclude la responsabilità solo:** "a) se il produttore non ha messo il prodotto in circolazione; b) se il difetto che ha cagionato il danno non esisteva quando il produttore ha messo il prodotto in circolazione; c) se il produttore non ha fabbricato il prodotto per la vendita o per qualsiasi altra forma di distribuzione a titolo oneroso, né lo ha fabbricato o distribuito nell'esercizio della sua attività professionale; d) se il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a una norma giuridica imperativa o a un provvedimento vincolante; e) se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso; f) nel caso del produttore o fornitore di una parte componente o di una materia prima, se il difetto è interamente dovuto alla concezione del prodotto in cui è stata incorporata

la parte o materia prima o alla conformità di questa alle istruzioni date dal produttore che la ha utilizzata.”

Nessuna di queste circostanze ricorre nel caso di specie.

Quanto alla invocata responsabilità del venditore, l'attrice ha invocato la disciplina di cui agli artt. 128-135. In realtà, tale disciplina non riguarda la responsabilità per prodotto difettoso, che comporta ai sensi dell'art. 123 dello stesso codice del consumo il risarcimento del danno, ma la differente disciplina del difetto di conformità del prodotto, che - peraltro - secondo le stesse norme invocate dalla attrice attribuisce solo una tutela attraverso i rimedi del ripristino della conformità, della riparazione o sostituzione del bene o alla risoluzione del contratto. Non attengono al risarcimento per i danni. Al risarcimento dei danni da prodotto difettoso o al risarcimento dei danni per difetto di conformità si perviene attraverso una diversa disciplina. In particolare, il risarcimento dei danni da prodotto difettoso è riconosciuto dal codice del consumo anche a carico del venditore ma soltanto quando, ai sensi dell'art. 116, “il produttore non sia individuato, il venditore è sottoposto alla stessa responsabilità il fornitore che abbia distribuito il prodotto nell'esercizio di un'attività commerciale, se ha omesso di comunicare al danneggiato, entro il termine di tre mesi dalla richiesta, l'identità e il domicilio del produttore o della persona che gli ha fornito il prodotto”.

In questo caso non si è verificata questa fattispecie in quanto il produttore è individuato nel convenuto Francesco e Luigi Merano snc, titolare del marchio ed in ogni caso la Fresca Spesa srl ha dichiarato in causa la persona che le ha fornito il prodotto, ossia Nume srl.

Quanto al risarcimento del danno per vendita di un prodotto differente da quello pattuito o afflitto da vizi, la responsabilità del fornitore deriva invece dal codice civile. In merito di deve osservare che l'art. 135 espressamente prevede che “1. Le disposizioni del presente capo non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico. 2. Per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di contratto di vendita”.

Quindi il venditore risponde a titolo contrattuale per il vizio della merce: si tratta notoriamente di uno degli effetti della disciplina della garanzia della vendita, che conseguono necessariamente al contratto. La vendita di un prodotto viziato rispetto a quanto concordato tra le parti comporta l'applicazione della disciplina della responsabilità di cui agli artt. 1492 ss, tra cui l'obbligo di risarcire il danno. Il limite qui non consiste nella negligenza, ma nel più rigoroso regime che non prevede un esonero se non nel caso della prova, da parte del debitore, della ricorrenza di un caso di inadempimento non imputabile (art. 1218 c.c.)

In questo caso, peraltro, se è ovvio che non è possibile al venditore una verifica sul contenuto del prodotto per evitare l'esistenza di noccioli, egli è certamente tenuto a controllare che almeno le avvertenze di legge siano in esse riportate. Né certamente può essere esonerato da responsabilità per il fatto che i prodotti, a dire degli stessi testi citati dalla parte convenuta (ed in particolare il teste Francesco Schenone pag. 16-17, citato dalla stessa Fresca Spesa), venivano messi sugli scaffali senza neppure controllare non solo l'esistenza delle avvertenze, ma neppure la data di scadenza! In questo senso la testimonianza del personale del supermercato non vale a escluderne la responsabilità ma piuttosto la dimostra. Il venditore e il produttore quindi dovranno rispondere del danno riportato dalla signora Maranini. Il primo in base alla

responsabilità da prodotto difettoso (responsabilità aquiliana), il secondo in base a responsabilità contrattuale per il vizio della cosa venduta. Poiché il fatto integra altresì comunque a carico di entrambi anche un fatto di responsabilità aquiliana che si traduce in un danno alla persona - ed in un fatto che costituisce anche reato (lesioni colpose) - dovranno essere risarciti alla signora anche il danno biologico e il danno non patrimoniale, oltre al danno patrimoniale.

Individuazione del produttore

Prima di procedere alla quantificazione, occorre però individuare il produttore tra i due convenuti Merano.

Su tutti i barattoli di olive si legge: “prodotto da La Valle degli Ulivi, Via Lucinasco 2, Chiusavecchia (IM)”. È pacifico che il titolare del marchio La Valle degli Ulivi sia la società Francesco e Luigi Merano Snc come documentalmente dimostrato dalla apposita visura relativa al marchio prodotta dalla parte attrice (doc. 21).

La Francesco e Luigi Merano Snc si è difesa dicendo che di fatto il marchio veniva usato, in virtù di un comodato gratuito, dalla Fratelli Merano spa dall'anno 2005 fino al 25.10.2007, quando la SPA acquistava anche la titolarità formale del marchio. Nessuna prova è stata fornita di questo contratto se non la ammissione di SPA, che fin dalla costituzione in giudizio ha sempre dichiarato di essere il produttore delle olive.

A conferma di quanto allegato, la Snc ha anche evidenziato che il luogo di produzione del barattolo è via Lucinasco 2, che sarebbe la sede della SPA, mentre la Snc ha sede in altro luogo ossia in via Marconi 1.

Orbene, il problema non è nei rapporti tra Snc e SPA: tra loro ovviamente la dichiarazione vale come ammissione di un fatto a sé sfavorevole da parte del convenuto e quindi comporta che a favore di Snc, nel rapporto processuale con SPA, l'esonero dall'onere della prova.

Il problema è quello di verificare se questo fatto, ossia la produzione delle olive da parte di SPA invece che di Snc sia provato anche nei confronti della sig.ra Maranini. Ne conseguirebbero il rigetto della domanda verso Snc e l'accoglimento della domanda proposta dalla attrice in via alternativa verso SPA, a seguito della sua costituzione e assunzione di responsabilità.

L'attrice ha infatti contestato che sia stata fornita una sufficiente prova della produzione in capo alla SPA.

In primo luogo, occorre osservare che l'istituto del marchio nasce proprio con la funzione di individuare il produttore di un certo prodotto. Proprio per questo veniva inizialmente vietata la cessione del marchio senza cessione dell'azienda dalla disciplina codicistica e speciale (si veda l'art. 15 del Regio Decreto 21 giugno 1942, n. 929); in seguito lo stessa norma venne modificata, consentendosi la cessione. Si prescrive espressamente che “in ogni caso dal trasferimento.. del marchio non deve derivare in danno in quei caratteri dei prodotti o servizi che sono essenziali nell'apprezzamento del pubblico”. Tale norma è ripresa poi dall'art. 2573 c.c. nella versione novellata dall'art. 83 del d.lvo 4.12.1992, n. 480, recante attuazione della direttiva n. 89/104/CEE: “ Il marchio può essere trasferito o concesso in licenza.. purchè in ogni caso dal trasferimento non derivi inganno in quei caratteri dei prodotti o servizi che sono essenziali nell'apprezzamento del pubblico”

A questo scopo è stata anche introdotta una disciplina di pubblicità dei trasferimenti del marchio con la trascrizione presso l'ufficio italiano brevetti e marchi. Nel comma 1 dell'art 49 del Regio Decreto 21 giugno 1942, N. 929 al nr. 1 (nell'attuale versione) si impone la trascrizione di tutti gli

atti fra vivi, a titolo oneroso o gratuito che costituiscono, modificano o trasferiscono diritti personali o reali di godimento o diritti di garanzia concernenti marchi nazionali.

In questo caso, nessuna trascrizione è stata effettuata (come si evince dalla visura del marchio prodotta dall'attrice) e quindi con ogni ragionevolezza e salvo prova contraria a carico del titolare del marchio, lo stesso lo stesso si deve ritenere il produttore dei prodotti che recano quel marchio.

E in questo caso, anche se fosse avvenuta una cessione del marchio, essa certamente avrebbe avuto l'effetto di ingenerare una notevole confusione, vietata dalla legge: il titolare del marchio, infatti, sarebbe risultato produttore di un prodotto in realtà fabbricato da altri.

La dichiarazione della SPA, quanto al rapporto processuale tra Maranini e Snc, si configura come dichiarazione di un terzo che è parte nel giudizio: non è la dichiarazione di un testimone, che se ne assume le responsabilità, né è la confessione di una parte (poiché al rapporto processuale Maranini - Snc la SPA è estranea). Di conseguenza è dichiarazione liberamente valutabile. Come si è detto, non ne sono stati offerti riscontri: né prove del comodato del marchio, né della produzione effettiva da parte della SPA.

In primo luogo, non è stata prodotta alcuna visura camerale della SPA, che possa confermare l'attività di produzione e la sede presso Via Lucinasco 2. Si può tuttavia ritenere che presso tale indirizzo la SPA abbia unindirizzo effettivo, poiché ivi ha ricevuto la notifica di Fresca Spesa Srl (prodotta da Fresca Spesa) e quella della stessa Snc (che è ivi indirizzata, anche se la Snc non ha prodotto la relata). Questo dato, però è di per sé insufficiente, perché la sede di via Lucinasco 2 è anche la sede legale della Piccardo & Savorè srl, ossia la società che ha rivenduto alla Nume srl le olive e che è stata da questa citata in manleva. La sede della Piccardo & Savorè risulta (oltre che dalla notifica in via Lucinasco 2 della chiamata di terzo effettuata da Fresca Spesa) anche dalla stessa fattura di vendita delle olive, prodotta dalla Nume ed emessa dalla Piccardo & Savorè. Anche della Piccardo & Savorè non è stata prodotta alcuna visura (per precisione, il suo numero di P.i. inserito in sentenza è stato tratto dalla predetta fattura). Quindi il dato della sede legale non è di per sé probante.

Non solo: ma sussistono tra le due società (Snc e SPA) forti legami societari (anche in mancanza di visura le dichiarazioni espresse in merito dalle altre parti non sono state contestate dalla Snc e dalla SPA) e sussiste anche un precipuo interesse allo spostamento della responsabilità dalla Snc alla SPA. E questo non solo per il diverso regime di autonomia patrimoniale dei soci, sottolineato dalla attrice, ma anche per il fatto che la SPA, dopo la notifica della citazione alla Snc e - si vedrà anche alla stessa SPA da parte di Fresca Spesa -, ha stipulato in data 22.1.2009 un'estensione della polizza assicurativa ai danni già retroattivamente verificatisi (ovviamente sul presupposto che fossero ignorati al momento della stipula). Anche l'esistenza di questa polizza costituisce un motivo assai valido perché la compagine societaria della SPA -tendenzialmente coincidente con quella della snc - preferisca assumere il ruolo di produttore. Quindi la mera ammissione della spa, nel rapporto processuale Maranini - Snc, poiché rappresenta la dichiarazione di un terzo e non è resa semplicemente *contra se*, ma comporta anche molti effetti favorevoli, deve -per convincere - trovare altri riscontri. La SPA avrebbe potuto facilmente produrre fatture di vendita del prodotto che asseriva di produrre (ed invece abbiamo agli atti la fattura di vendita della Piccardo e Savorè che ha la stessa sede indicata sul barattolo alla

Nume e non abbiamo una fattura di vendita da SPA a Piccardo e Savorè Srl), o indicare testimoni sulla produzione e sull'esistenza del contratto di comodato, che doveva essere oggetto di puntuale dimostrazione.

Dall'altra parte, invece, la titolarità del marchio comporta una chiara indicazione circa la produzione da parte del titolare del marchio, o quanto meno da parte di persona che risulti usuaria secondo la pubblicità del marchio e delle sue vicende.

In particolare poi, la disciplina della responsabilità del produttore contiene una precisa definizione di produttore. È ricompreso nella categoria di produttore e assoggettato alla peculiare disciplina di legge anche il soggetto che si presenta come produttore identificando il bene o il servizio con il proprio nome, marchio o altro segno distintivo. L'art. 3 (nel testo vigente al momento dei fatti ossia il 15.9.2006, poiché in seguito il testo ha subito qualche modifica) così recita: *"produttore: fatto salvo quanto stabilito nell'articolo 103, comma 1, lettera d), e nell'articolo 115, comma 1, il fabbricante del bene o il fornitore del servizio, o un suo intermediario, nonché l'importatore del bene o del servizio nel territorio dell'Unione europea o qualsiasi altra persona fisica o giuridica che si presenta come produttore identificando il bene o il servizio con il proprio nome, marchio o altro segno distintivo"*. Quanto alle norme richiamate, all'epoca il testo dell'art. 115 era il seguente (poiché non era ancora stata dettata l'integrazione introdotta dal decreto legislativo n. 221 del 23/10/2007, modifica efficace a partire dal 14/12/2007, col quale era stato introdotto il comma 2 b): *Art. 115. Prodotto) 1. Prodotto, ai fini del presente titolo, è ogni bene mobile, anche se incorporato in altro bene mobile o immobile. 2. Si considera prodotto anche l'elettricità.*

E il testo dell'art. 103 comma 1 lett d) (sempre nel testo vigente all'epoca) recitava: *"d) produttore: il fabbricante del prodotto stabilito nella Comunità e qualsiasi altra persona che si presenti come fabbricante apponendo sul prodotto il proprio nome, il proprio marchio o un altro segno distintivo, o colui che rimette a nuovo il prodotto; il rappresentante del fabbricante se quest'ultimo non è stabilito nella Comunità o, qualora non vi sia un rappresentante stabilito nella Comunità, l'importatore del prodotto; gli altri operatori professionali della catena di commercializzazione nella misura in cui la loro attività possa incidere sulle caratteristiche di sicurezza dei prodotti.*

Di conseguenza, oltre agli aspetti sopra indicati che escludono che si sia raggiunta una prova della produzione effettiva da parte di Merano SPA, dalle norme sopra indicate si evince che comunque la responsabilità del "produttore" si applica non solo al fabbricante effettivo, ma (anche) a qualsiasi persona giuridica che si presenta come produttore apponendo sul prodotto il proprio marchio. Quindi, in ogni caso, se anche la Snc non fosse da considerarsi come produttore di fatto, essa rientrerebbe nella definizione di produttore della legge citata e quindi dovrebbe rispondere del difetto del prodotto,

Per tutti questi motivi deve riconoscersi fondata la domanda di Maranini verso Francesco e Luigi Merano snc in quanto produttore del barattolo difettoso.

Solidarietà e liquidazione del danno

La condanna di Fresca Spesa e Francesco e Luigi Merano, pur a diversi titoli (contrattuale ed extracontrattuale), attesa l'unicità del danno, non può che essere emessa in solido tra loro. Peraltro costituisce orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità la possibilità di una condanna solidale di due soggetti, qualora sia richiesto dalla parte e si tratti di un unico evento dannoso cagionato da entrambe, sia pure imputabile a titolo di responsabilità per una parte aquiliana e contrattuale per l'altra.

Venendo alla quantificazione delle lesioni, le stesse nella loro ricorrenza sono attestate anche dal referto medico del Pronto soccorso ove la sig.ra Maranini ebbe a recarsi quella sera stessa. Rileva la consulenza tecnica di ufficio che la signora ha risentito delle lesioni da cui è derivata una invalidità temporanea totale pari a giorni 5 e un successivo periodo di invalidità temporanea parziale al 50% pari a giorni 10, relativo alle necessarie terapie cui si è sottoposta, certificate dal dentista curante. Ha anche valutato i postumi permanenti in una invalidità permanente dell'1% . Ha escluso che i postumi incidano sulle abituali attività della signora e sulla sua vita di relazione. Ha anche valutato come congrue le spese indicate a pag. 16 della Ctu come costi congrui e riferibili ai danni di cui sopra e in particolare le somme di € 52+ € 800+€ 200+€ 1000 = 2052 Euro. Quindi complessivamente le voci di spesa per gli interventi dentistici ammontano a € 2052.00 . La signora ha subito un'estrazione dentale e un intervento chirurgico di inserimento impianto, mentre, in relazione al futuro, non saranno necessari ulteriori interventi in relazione agli stessi fatti.

Venendo alla liquidazione del danno biologico, l'attrice chiede che l'invalidità permanente venga liquidata come danno differenziale (precisamente il passaggio dal 25% al 26 %) ma questo non risulta dalla Ctu: nella relazione il Ctu non ha quantificato nel 25 % la pregressa invalidità della signora. Si è solo limitato a quantificare nell'1 % la invalidità permanente cagionata dall'evento e a questa valutazione ci si deve attenere.

Per la quantificazione ci si attiene come è in uso presso questo Tribunale alle Tabelle milanesi 2011, che comportano una liquidazione del danno morale "standard", integrata nelle voci tabellari. In questo caso non è stata peraltro dimostrata una particolare penosità della vicenda, attenendo tutte le conseguenze dimostrate a profili del danno biologico di cui il Ctu ha tenuto già conto.

Quanto alla voce di invalidità temporanea, il *range* per l'età della signora al momento del fatto (50 anni) va da € 91 a € 136. Tenendo conto del fatto che da un lato la signora ha subito una estrazione di un dente ed un intervento chirurgico, ma che dall'altro non si trattava di situazione grave, si deve optare per un valore mediano di tale voce ossia € 113/50, che moltiplicato per 5 giorni dà il valore di 576/50 euro.

Similmente, per la invalidità temporanea al 50% per dieci giorni: $113.50 \times 10 = 1135$, che moltiplicato per il 50% dà 576/50.

Per gli interventi chirurgici si può considerare la particolare penosità di un'estrazione dentaria e dell'operazione chirurgica successiva, specie per una persona che già aveva pochi denti propri, per cui si può liquidare una voce omnicomprensiva di € 800 (300 per l'estrazione e 500 per l'operazione).

Quindi complessivamente deve riconoscersi a titolo di danno non patrimoniale la voce di € 1953.00 ($576.50 + 576.50 + 800$) e € 2052 a titolo di danno patrimoniale. La complessiva somma di € 4005/00 deve essere rivalutata dal 15.9.2006 ad oggi, e debbono riconoscersi gli interessi legali sulla somma annualmente rivalutata ad oggi. Alla somma così liquidata si applicano, altresì, gli interessi legali da oggi al saldo.

(... *Omissis*...)

P.Q.M.

definitivamente pronunciando

1) condanna Francesco e Luigi Merano Snc e Fresca Spesa Srl in solido tra loro a corrispondere a Maranini Maria Grazia la somma di € 4005/00, oltre rivalutazione dal 15.9.2008 ad

oggi, e agli interessi legali sulla somma annualmente rivalutata dal 15/9/2008 ad oggi, e interessi legali da oggi al saldo effettivo.

2) condanna Francesco e Luigi Merano Snc e Fresca Spesa Srl in solido tra loro a rifondere a Maranini Maria Grazia le spese legali che si liquidano in € 7000, oltre € 178 per spese, oltre Iva e Cpa e le spese di Ctu già liquidate (nella misura anticipata o in futuro corrisposta da Maranini).

3) Pone definitivamente a carico di Francesco e Luigi Merano Snc e Fresca Spesa Srl le spese di Ctu liquidate con decreto del 23.5.2011.

4) Condanna Fratelli Merano Spa a manlevare Francesco e Luigi Merano Snc da quanto la stessa dovrà corrispondere a seguito dei punti 1 e 2 e 3 .

5) Condanna Fratelli Merano Spa a rifondere a Francesco e Luigi Merano Snc le spese legali che si liquidano in € 1500 oltre iva e cpa.

6) Respinge la domanda di Fratelli Merano Spa contro Chertis Europe Sa (già Aig Europe Sa) .

7) Condanna . Fratelli Merano Spa a rifondere a Chertis Europe Sa (già Aig Europe Sa) le spese legali che si liquidano in € 5000/00, oltre iva e cpa .

8) Respinge la domanda proposta contro Nume srl da Fresca Spesa Srl.

9) Condanna Fresca Spesa Srl a rifondere a Nume srl le spese legali che si liquidano in € 5000 .

10) Compensa le spese tra Fresca Spesa da un lato e dall'altro Francesco e Luigi Merano Snc, Fratelli Merano Spa.

11) Dichiara che nei rapporti Francesco e Luigi Merano Snc e Fresca Spesa le stesse sono responsabili al 50% del danno risentito dalla sig.ra Maranini e quindi condanna Francesco e Luigi Merano Snc a tenere indenne Fresca Spesa srl da quanto la stessa dovesse corrispondere alla sig.ra Maranini in più rispetto alla propria quota.

Tribunale di Genova, Sez. I civ., 10 gennaio 2013, n. 84, Giudice Braccialini - A.G. S.p.A. (Avv. Lovisolò) c. T.L.

TRIBUTI in genere - Iva - servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti - natura - attività di servizio pubblico svolto con caratteristiche di imprenditorialità - Tia - remunerazione corrispettiva del costo del servizio - assoggettamento della Tia ad Iva - legittimità.

TRIBUTI in genere - Iva - direttiva comunitaria - presupposto impositivo - nozione di impresa ed imprenditore - attività economica svolta da un soggetto pubblico - riconducibilità - base imponibile - prelievi aventi esclusiva valenza impositiva - esclusione - servizio di raccolta dei rifiuti - natura imprenditoriale - prevalenza - assoggettabilità ad Iva della Tia - diritto comunitario - compatibilità.

TRIBUTI in genere - Iva - Tia - norme nazionali di rango primario e regolamentare che prevedono l'applicazione dell'Iva sulla Tia - sussistenza.

L'attività di raccolta e di smaltimento dei rifiuti assume la natura di servizio pubblico gestito in forma imprenditoriale i cui costi sono interamente remunerati con la Tariffa di Igiene Ambientale. Pertanto, dal momento che la Tia si presenta come un vero e proprio "corrispettivo" del servizio predisposto ed effettuato dall'imprenditore, indipendentemente dalla sua qualificazione "tributaria" o "privatistica" e dalla sua determinazione con in-

dici forfettari, essa viene legittimamente fatturata all'utenza con l'addebito dell'Iva, al pari di altri servizi pubblici quali la somministrazione dell'acqua e dell'energia elettrica.

Ai sensi della relativa Direttiva comunitaria, il presupposto impositivo dell'Iva ruota intorno alle nozioni di "impresa" e di "servizio" alle quali è riconducibile anche l'attività economica svolta da un soggetto pubblico al di fuori dell'esercizio di poteri autoritativi sovrani; correlativamente, l'esclusione dei tributi dalla base imponibile dell'Iva si riferisce solamente a quei prelievi che abbiano esatta ed esclusiva valenza impositiva rappresentando una manifestazione di potestà tributaria pubblica ai fini del finanziamento dello Stato nelle sue diverse articolazioni. Pertanto, l'applicazione dell'Iva sulla Tia è compatibile con il diritto comunitario in quanto il servizio di raccolta dei rifiuti, pur se effettuato da concessionari pubblici con profili "paratributari" inerenti le fasi dell'accertamento, della riscossione e del contenzioso, è prevalentemente esercitato con carattere di imprenditorialità.

L'assoggettabilità ad Iva della Tia è prevista da un compiuto disegno normativo che si è sviluppato nel corso del tempo e che si articola in fonti sia di rango primario - tra le quali assume rilevanza decisiva la voce numero 127 sexiesdecies della tabella A, parte terza, allegata al decreto Iva - che di natura regolamentare - quali il d.m. n. 370/2000 che ha previsto modalità semplificate per le fatture delle somme richieste dai gestori per la raccolta dei rifiuti.

In fatto e in diritto

In via preliminare, va segnalato che, per effetto della modifica dell'art. 132 co.2 n.4) c.p.c. operata dall'art. 45 co. 17 della legge 18.6.2009, n.69, per la redazione della sentenza non è più richiesta la illustrazione dello svolgimento del processo, ma soltanto la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione. La nuova formulazione dell'art. 132 c.p.c. trova senz'altro applicazione immediata nel presente giudizio in considerazione del disposto dell'art.58 co.2 L.n. 69/09 - entrata in vigore il 4 luglio 2009 - a tenore del quale "Ai giudizi pendenti in primo grado alla data di entrata in vigore della presente legge si applicano gli articoli 132, 345 e 616 del codice di procedura civile e l'articolo 118 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile, come modificati dalla presente legge".

L'oggetto del contendere nell'odierno procedimento d'appello riguarda l'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto-Iva (10% a tariffa agevolata) sulla Tariffa di Igiene Ambientale-Tia riscossa dall'Azienda Multiservizi e di Igiene Urbana (Amiu Genova S.p.A.), quale concessionaria del servizio cittadino di smaltimento e gestione dei rifiuti urbani, a carico del sig. Luciano Tag. nel periodo 2006-2009: infatti tale utente, sostenendo la non assoggettabilità ad imposizione indiretta della predetta tariffa, avente a suo dire natura tributaria, ha agito per la ripetizione dell'indebito presso il Giudice di Pace di Genova che, con sentenza 23.7.2011 n. 6573 qui appellata, ha accolto la domanda di ripetizione condannando Amiu alle spese di lite.

Per una più precisa idea circa l'esatta consistenza dell'odierna controversia, va detto che non vi è per nulla corrispondenza fra le minime somme di cui si chiede il rimborso (Euro 80,27 in totale) e la qualità delle articolate e pregevoli difese sviluppate dalle contrapposte difese nel caso oggi in discussione. All'evidenza si tratta di una "sentenza pilota" per il grado di appello nella quale, dopo le difformi risposte ottenute in primo grado da diversi ricorrenti, la parte appellata rappresenta indirettamente una nutrita platea di consumatori-utenti interessati al recupero dell'Iva afferente la tariffa di igiene ambientale riscossa nel decorso quinquen-

no da Amiu, quale impresa concessionaria del servizio di raccolta, gestione e smaltimento dei rifiuti cittadini.

L'estrema analiticità delle difese processuali consente di fare ad esse più di un rinvio, limitando il percorso motivazionale ad una esposizione "per punti": grazie alla completa disamina della materia contenuta nelle comparse finali, lo scrivente può concedersi tratti di qualche schematicità nell'affrontare il quarto ed il quinto motivo di impugnazione.

Occorre però muovere dalle questioni processuali, perché alla tematica della giurisdizione affrontata e risolta in primo grado si sono aggiunti profili di inammissibilità dell'impugnazione, eccettivi dalla difesa del convenuto in questo grado di appello.

Ora, per quanto riguarda il primo motivo di impugnazione e dunque la giurisdizione del giudice ordinario a decidere dell'azione di ripetizione promossa dal Tag. in primo grado, mette conto notare in primo luogo che l'asserito difetto del potere decisionale in capo all'A.G. non è stato riproposto nelle precisazioni delle conclusioni ed in effetti non ha valido fondamento, nella misura in cui si deve sempre considerare che la verifica circa l'esistenza del detto presupposto processuale va condotta sul "petitum sostanziale" e quindi sull'oggetto e sul titolo della pretesa, per come allegati e qualificati dalla parte attrice-ricorrente.

Nel caso specifico, non è il Tag. ad avere mai promosso una controversia contro l'amministrazione erariale per il recupero dell'imposta sul valore aggiunto, quindi non viene discussione il rapporto tributario nella sua immediata consistenza e tra le parti immediate dell'obbligazione tributaria, ma piuttosto si discute sull'esistenza dei presupposti per la rivalsa che il concessionario del servizio ha inteso far valere nei confronti di un fruitore di quest'ultimo: una pretesa che non viene elencata nella tassativa definizione delle materie attribuite alla giurisdizione speciale delle Commissioni Tributarie in base al d.lgs. 546 del 1992 e successive modificazioni, per cui non può che rientrare nella giurisdizione ordinaria.

Nello stesso ordine di idee si muove la sentenza delle Sezioni Unite n. 2064 del 2011, puntualmente richiamata a pag. 14 della conclusionale Tag., a cui può farsi convinto rinvio.

Quanto alla ritualità dell'odierna impugnazione, non si condividono le eccezioni sviluppate dalla parte appellata sull'asserita acquiescenza ed improcedibilità dell'appello per le seguenti ragioni.

Il Tag. vorrebbe far discendere una prestata acquiescenza alla sentenza di primo grado dalla comunicazione-stampa pubblicata sul sito Web del concessionario Amiu, nella quale quest'ultima rinvia all'emanazione di apposite disposizioni normative per il rimborso dell'Iva sulla Tia.

Questa presa di posizione non significa minimamente assecondare le decisioni sfavorevoli rese nel primo grado, in particolare quella assunta dal giudice di pace in favore del Tag., ma semplicemente rappresenta la manifestazione dell'intento del concessionario di differire nel tempo l'esecuzione dei singoli giudizi in funzione di prevedibili statuizioni dell'autorità politica, quali in effetti prevedibili sulla scorta della fondamentale decisione della Corte costituzionale numero 238 del 2009, sulla quale s'impenna tutto il contenzioso relativo al recupero dell'Iva sulla Tia. Decisione che obiettivamente poneva un delicato problema contabile al Legislatore perché ponesse mano alla questione, nel momento in cui per effetto della decisione del Giudice costituzionale ci si doveva necessariamente rappresentare il problema di dove potessero essere

reperite risorse finanziarie per tutti i possibili rimborsi. Neppure hanno valenza confessoria o di acquiescenza le successive conciliazioni stipulate dopo le decisioni di primo grado favorevoli ad alcuni utenti: anche in questo caso, non compare alcun riconoscimento delle fondatezza della tesi contraria all'assoggettabilità ad Iva, ma semplicemente l'Azienda mirava a contenere i costi di un contenzioso prolungato ed incerto con una scelta di tipo transattivo, che la impegnava solo nelle singole vicende giudiziarie in tal modo definite.

Quale generale introduzione per gli ulteriori rilievi sulla compatibilità dell'impugnazione di Amiu rispetto al giudizio di equità, va premesso che ad avviso dello scrivente la disposizione dell'articolo 113 c.p.c., da applicarsi unitamente al successivo 339, non può essere letta nel senso che costituiscono decisioni di equità "tout court" tutte le sentenze in cui i valori controversi siano inferiori alle soglie economiche ivi contemplate, quando la decisione di primo grado non sia stata assunta per l'appunto in via di equità. In altri termini, ad avviso dello scrivente la disposizione in esame facoltizza il giudice di pace a decidere secondo equità, anche quando richiesto di pronuncia in diritto, quando i valori controversi siano inferiori ai limiti noti. Tuttavia quando la decisione finale non faccia ricorso a tale fonte regolatrice del rapporto ma affronti le questioni processuali e sostanziali secondo diritto, non si vede perchè debba procedersi ad un appello "limitato" nei motivi.

Davvero emblematico, pare l'odierno caso, in cui nessuna statuizione è dettata dall'equità, ma da una rigorosa ricostruzione in diritto degli istituti tributari e della normativa fiscale: potrebbe dirsi (e senza voler evocare ascendenze kelseniane) in termini di "puro diritto", senza alcuna contaminazione equitativa. In ogni caso, puntuali sono le obiezioni che vengono dalla difesa dell'appellante a questo tipo di eccezioni, dal momento che sono stati prospettati motivi di impugnazione (il quarto ed quinto) che riguardano i principi regolatori dell'imposizione indiretta nonché fatta valere la compatibilità comunitaria tra la controprestazione pecuniaria a carico dell'utente per la raccolta dei rifiuti, e l'imposizione indiretta secondo i dettami della Direttiva di settore n.112 del 2006.

Nel secondo motivo di impugnazione, Amiu contesta la carenza di motivazione della sentenza di prime cure. Addebito infondato, sol che si consideri che la decisione del Giudice di Pace, pur non scendendo all'esame di tutte le fonti impositive menzionate dall'Azienda, è assai chiara nei richiami a quell'autorevole insegnamento, che fa discendere dalla natura tributaria della Tia1 la non assoggettabilità ad Iva: dunque è "completa" sul piano motivazionale.

Sul versante preliminare, la contestazione inerente la prescrizione (terzo motivo di doglianza) prospettata sempre da Amiu non può assecondarsi per la ragione che, come spiegato parlando della giurisdizione, non si discute il rapporto tributario diretto tra ente impositore e soggetto passivo dell'Iva, ma sono controversi i presupposti della rivalsa. Ove questi non ricorrano, la normale azione restitutiva per l'indebito non può che avere termine di prescrizione decennale, esattamente come osservato dalla difesa Tag. con puntuale richiamo alla sentenza della Corte di Cassazione 19.6.2008 n. 16612.

Fatte queste premesse di carattere processuale, e possibile passare al cuore dell'odierno contenzioso affrontando la fondamentale questione controversa che si riferiva in esordio: l'applicabilità o meno dell'imposta sul valore aggiunto alla tariffa di igiene ambientale fatta pagare all'utente Tag. dal-

l'Amiu quale concessionaria del Comune di Genova per lo smaltimento rifiuti.

Vi è da considerare in proposito, per quanto non se ne parli più di tanto nelle difese delle parti, che data l'epoca di riscossione di tale voce, ci si riferisca unicamente alla cosiddetta Tia1 ("Tariffa di Igiene Ambientale") introdotta dal *Decreto Ronchi* (d.lgs. 22 del 1997), in quanto prorogata nella sua applicazione fino all'epoca di causa per la mancanza di disposizioni attuative relative alla cd. Tia2 ("Tariffa Integrata Ambientale"), introdotta invece dal Codice dell'Ambiente dato con d.lgs. 152 del 2006.

Il perno argomentativo della tesi negativa del Tag., e dei diversi altri utenti che hanno già reagito in primo grado alla rivalsa Iva nell'ambito di ricorsi collettivi per recuperare l'imposta indiretta del 10% sulla predetta Tariffa, è che la natura tributaria della Tia e l'assenza di specifiche disposizioni contemplanti l'assoggettabilità di quest'ultima ad Iva determinano l'inesistenza di alcun diritto a rivalsa del concessionario a carico dell'utente.

Queste tesi risultano sviluppate con particolare incisività in due fondamentali pronunce che la difesa Tag. richiama frequentemente con diffuse citazioni anche testuali: la decisione nr. 238 del 2009 della Corte costituzionale e la sentenza nr. 3756 del 2012 della Corte di cassazione.

Ritiene lo scrivente di non poter concordare con tale indirizzo, malgrado l'autorevolezza dei decidenti e l'indubbio pregio di alcuni passaggi motivazionali di tale pronunce, per un triplice ordine di ragioni, le quali assorbono le prospettazioni dell'appellante di seguito riferite secondo un ordine non esattamente sovrapponibile ai motivi di gravame, ma che di essi tengono debito conto.

In primo luogo, deve essere riconsiderata la natura organizzativa professionale (*ergo*, imprenditoriale) del servizio prestato e quella dell'emolumento che costituisce "controprestazione" per lo smaltimento dei rifiuti urbani.

In secondo luogo, anche significativi spunti di natura tributaria relativi ad accertamento e riscossione della Tia non elidono la natura di servizio pubblico di gestione del ciclo dei rifiuti, per il quale è possibile una lettura "comunitariamente orientata" che senza meno riconosce la compatibilità tra Tariffa ed Iva.

Last, but not least: ricorre una compiuta disciplina normativa che per l'appunto assoggetta all'Iva il corrispettivo/tariffa/tributo/tassa percepito per la gestione dello smaltimento dei rifiuti dapprima dai Comuni e, nella particolare situazione genovese, dall'azienda a partecipazione comunale che tale servizio svolge in regime di concessione monopolistica.

Per quanto concerne il tipo di attività disimpegnata dal concessionario comunale, la ricostruzione storico normativa contenuta nella sentenza numero 238/09 sull'evoluzione dei compensi/tributi nel tempo riscossi dalle pubbliche amministrazioni per questo tipo di attività è estremamente puntuale e la conclusione finale, secondo cui la Tia1 è parente prossima dell'ex TARSU e quindi partecipa della natura tributaria di quest'ultima, è indubbiamente suggestiva: ma non decisiva rispetto allo specifico oggetto del contendere.

Al riguardo lo scrivente si permette in primo luogo di sommessamente dissentire dalla conclusione un po' perentoria del Giudice delle leggi sulla natura esclusivamente tributaria della Tia, dal momento che l'esistenza di poteri di accertamento, positivi e sanzionatori "parafiscali" non esclude il fatto che ci si trovi di fronte a somme che vengono determinate in funzione dei costi di un determinato servizio pubblico, sia nella dimensione diretta che in quella indiretta.

Come in molti contratti imposti per legge, con una semplificazione di tipo tariffario viene determinato un “costo politico” del servizio che deve tenere conto non solo della materiale raccolta e conferimento di rifiuti ma anche della predisposizione di tutte le strutture logistiche ed industriali per lo smaltimento, il cui onere viene ripartito poi in base a presunzioni di produzione di determinate quantità di rifiuti in funzione del tipo di utente: privato, imprenditore gestore di servizi.

Fatta eccezione per i casi in cui la Tia venga riscossa senza che lo specifico insediamento determini alcun rifiuto (un'eccezione piuttosto rara), vi è quindi da dire che nella stragrande maggioranza dei casi siamo in presenza di un vero “corrispettivo” per quanto determinato con indici forfettari. Per cui non stupisce che nella più recente evoluzione della normativa il legislatore della Tia2 parli senza mezzi termini - all'art. 238 del T.U. Ambientale - di “corrispettivo di servizio”, con ciò semplificando l'onere argomentativo di chi sia convinto dell'assoggettabilità ad Iva del compenso di smaltimento dei rifiuti.

L'etichetta “tributaria” o “privatistica” annessa alle somme che Amiu incamera per lo smaltimento dei rifiuti non deve far perdere di vista che si sta parlando comunque di un'attività di “servizio pubblico” che ha chiare caratteristiche di imprenditorialità.

Pur se taluni momenti dell'accertamento e della riscossione della Tia1 partecipano di procedure tipiche dell'imposizione tributaria, non per questo la gestione dei rifiuti cessa di essere un'attività che potrebbe essere tranquillamente svolta in regime assolutamente privatistico per le sue caratteristiche “ontologiche”. Infatti ci si trova sostanzialmente di fronte ad un appalto di servizi imposto al privato proprietario per ragioni di igiene e sanità urbana e svolto da imprenditore monopolista, e non certo di fronte a manifestazioni di funzioni pubbliche espressione di diretta sovranità statale o degli enti pubblici.

La *controprova* è relativamente semplice: annullando mentalmente tutta la complessa attività materiale ed organizzativa che svolge l'Azienda comunale, al privato non resterebbe altra possibilità, per far ritirare e smaltire i rifiuti prodotti, che avvalersi di un appalto privato.

Sottolineare la debenza della Tia anche in caso di mancata produzione di rifiuti da parte di un insediamento (ipotesi di ben raro riscontro); ovvero attribuire significato decisivo per la qualificazione del compenso all'attribuzione pro-quota agli utenti dei costi di rimozione dei rifiuti di provenienza ignota, e da tali elementi far discendere la natura esclusivamente tributaria della Tariffa, pare allo scrivente un approccio ermeneutico riduttivo che valorizza oltre misura le eccezioni, rispetto a quella che è “la sostanza” del servizio reso. Ma non può far dimenticare che, senza tale servizio comunale, gli utenti dovrebbero alternativamente ricorrere al sistema delle imprese per liberarsi dei rifiuti domestici e non. Non è dunque un caso che, agli albori della gestione dei rifiuti, quando questo veniva gestito mediante la raccolta “porta a porta” (con una capillarità degna di essere ripresa in considerazione perchè, quanto meno, renderebbe ben più efficace la raccolta differenziata), tale gestione venisse svolta in un ambito sicuramente privatistico mediante un rapporto di servizio svolto dal Comune con suoi mezzi e aziende.

La qualificazione sicuramente privatistica del rapporto intercorrente tra l'amministrazione civica ed i privati per effetto della “fonte primigenia” istitutiva del servizio di raccolta, cioè il Regio Decreto 14.9.1931 n. 1775 (si rinvia alla precisa ricostruzione storico-normativa contenuta nel

paragrafo 6 della citata sentenza numero 238 della Corte costituzionale) risulta di sicura utilità anche ai fini dell'odierna decisione, perchè da tale descrizione dell'attività in origine svolta dal Comune si possono desumere argomenti testuali e storici per sottolineare la fortissima e prevalente componente di “servizio pubblico” insita nella gestione del ciclo urbano dei rifiuti.

Non è il caso di seguire ulteriormente il percorso ricostruttivo della Corte lungo il sentiero che si snoda dal Decreto del 1931 fino al più recente Codice dell'Ambiente - che parla esplicitamente all'art. 238 di “corrispettivo” per qualificare il compenso dell'utente al concessionario - per dire che anche sul terreno organizzativo ben poco è cambiato nella sostanza. Infatti, come non è cambiato il genere di attività svolte per lo smaltimento dei rifiuti ad onta delle diverse qualificazioni dei corrispettivi percepiti, così spesso non sono neppure cambiate le persone fisiche che seguivano tale settore, salvo il normale turn-over degli addetti, in quanto l'ex azienda comunale “Nettezza Urbana” attraverso una complessa serie di passaggi amministrativi e societari è diventata l'odierna holding Amiu Genova SpA, a totale partecipazione comunale, che al momento gestisce in città il comparto in esame.

A conclusione dell'illustrazione di questo primo motivo di convincimento, che si ricollega al quarto motivo di impugnazione, può apparire singolare la vicenda qualificativa in esame. Come in certi brani musicali, il tema di esordio e la conclusione del pezzo si ripetono: la configurazione di esordio di questo servizio comunale nel 1931 e la sua ultima qualificazione normativa nell'ambito del regime della Tia2 dopo il 2006 sembrano trovare un significativo momento di convergenza recuperando la prevalente dimensione imprenditoriale-privatistica della gestione del servizio, pur nel contesto di indubbi interessi di rango primario come quello della salubrità dell'ambiente e della salute dei cittadini (da cui, il rapporto di concessione): nella misura in cui anche lessicalmente si parla di *corrispettivi* dovuti dagli utenti privati e quindi si valorizza questo tipo di matrice *privatistica e di servizio*, rispetto ad una dimensione che ponga la sordina sulla dimensione del servizio ed esalti invece la valenza unilaterale-fiscale dell'accertamento e riscossione.

Dunque la preliminare indagine, condotta sulla dimensione “ontologica” dell'attività svolta, fa emergere un servizio pubblico gestito da un imprenditore (partecipato dal Comune), concessionario del servizio, che *fattura* all'utenza i costi del servizio tenendo conto degli investimenti necessari per gestire il ciclo integrato della raccolta rifiuti. Un imprenditore che gestisce quindi un servizio pubblico, non diversamente da quanto fanno altri concessionari comunali e pubblici che somministrano beni di non inferiore utility come ad es. l'acqua potabile o l'energia elettrica: addebitando l'Iva sulle loro prestazioni e cessioni.

Il secondo argomento da prendere in considerazione, corrispondente al quinto motivo di impugnazione, è la compatibilità comunitaria del “sistema Tia” dal punto di vista dell'imposizione indiretta: profilo sul quale le pagine 14 e ss. della comparsa conclusione di Amiu (paragrafo 6) paiono davvero illuminanti e persuasive.

La prevalente natura di prestazione di servizio con caratteri di imprenditorialità di questo tipo di attività, pur se resa da concessionari pubblici con profili “paratributari” inerenti accertamento, riscossione, contenzioso, convince infatti della piena compatibilità con le regole comunitarie sull'imposta sul valore aggiunto.

La diversità tra i moduli organizzativi delle diverse realtà

aziendali impegnate sul territorio dell'Unione in questo genere di attività comporta l'adozione di una terminologia necessariamente elastica per ricomprendere e tenere conto di tutte le specifiche differenze organizzative da Paese a Paese membro. Certo è che nella direttiva comunitaria il presupposto impositivo dell'Iva ruota intorno alle nozioni di *impresa* e di *servizio*, che si ritengono applicabili anche allorché un'attività economica sia svolta da un soggetto pubblico o di emanazione pubblica, quando però quest'ultima attività non si estrinsechi nell'esercizio di poteri autoritativi sovrani: questo pare il *senso normativo* dell'art. 2 della Direttiva 112 del 2006.

Pertanto, come in tesi di Amiu, l'esclusione dalla base imponibile dell'Iva dei tributi, per quanto dispone la Direttiva in esame, si riferisce a quelle voci che abbiano esatta ed esclusiva valenza impositiva e, in tal senso, rappresentino una manifestazione della potestà tributaria pubblica ai fini del finanziamento dello Stato nelle sue diverse articolazioni. La giurisprudenza comunitaria che si è espressa al riguardo non ha riconosciuto tale esclusione in caso di servizi resi da amministrazioni pubbliche direttamente o mediante loro organizzazioni professionali in tutti quei contesti, in cui "prestazioni di servizio effettuate a titolo oneroso", a prescindere da profili pubblicistici nella disciplina del servizio, diano luogo a "controprestazioni" (pecuniarie).

Da tale angolo visuale, appare veramente emblematica la decisione della Corte di Giustizia (sentenza 12.9.2007 in c. C-267/97), in cui è stato ritenuto assoggettabile ad Iva il pedaggio autostradale in Francia: del quale è stata peraltro a chiare lettere riconosciuta la natura di prelievo fiscale.

Non è dunque dato di intendere perché vi dovrebbe essere alcuna differenza tra il concessionario comunale che somministra l'acqua potabile, che pacificamente addebita l'Iva nelle bollette/fatture che emette nei confronti della propria clientela, ed il concessionario che organizza il servizio di raccolta dei rifiuti: quando anche nel primo tipo di rapporto vi sono corrispettivi che in qualche misura prescindono dai consumi effettivi e dimensionamento dei corrispettivi stessi in base ai costi generali di impianto, esattamente come per la Tia.

La terza fondamentale ragione per la quale va accolta l'impugnazione - argomento realmente decisivo e da solo suffi-

ciente a confutare tutte le obiezioni che muovono dall'appellato — è che in realtà ricorrono positive fonti normative che disciplinano l'imposizione Iva per la Tia1.

Dice in proposito la Corte di cassazione nella sentenza numero 3756 del 2012, riprendendo e sintetizzando il paragrafo 7 della citata decisione del giudice delle leggi:

"...In base a codesti principi, stante la mancanza — ripetesi - di disposizioni legislative suscettibili di esser richiamate a presidio della affermata soggezione a Iva della prestazione del servizio di smaltimento in se e per se considerata (disposizioni che, oltre tutto, ove esistenti, determinerebbero fondati dubbi di legittimità alla luce della normativa comunitaria — direttiva 2006/112/Ce — che esclude in via generale l'assoggettamento a Iva di diritti, canoni e contributi percepiti da enti pubblici "per le attività od operazioni che esercitano in quanta pubbliche autorità), devesi confermare la statuizione di cui all'impugnata sentenza [che aveva escluso l'applicazione dell'Iva sulla Tia].

Ora, sulla scorta delle indicazioni fornite dalle difese, lo scrivente ha provveduto al recupero delle fonti normative da cui deriverebbe l'obbligo impositivo in esame e si è convinto, dall'esame della successione nel tempo delle varie disposizioni, che in effetti vi sia una disposizione normativa di rango primario che prevede l'assoggettabilità ad Iva della Tia: essa è la voce numero 127 *sexiesdecies* della tabella A allegata al decreto Iva, nel testo introdotto con decreto legge n. 557 del 1993 (convertito con la L. 26.2.1994 n. 133) nel d.p.r. 633/72.

È il caso, per evitare richiami generici, di riprodurre per intero le disposizioni che hanno rilievo nella fattispecie, muovendo dalla legge Iva e concludendo con le modifiche delle aliquote introdotte per questo servizio e con le norme regolamentari sono state emesse per quanto riguardava la fatturazione.

(... *Omissis*...)

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, in accoglimento dell'appello interposto, respinge la domanda di ripetizione dell'indebito e di restituzione dell'Iva corrisposta sulle somme versate dal Tag. a saldo della tariffa di igiene ambientale da lui pagata ad Amiu negli anni 2006-2009.

Massime

Tribunale di Chiavari, 5 ottobre 2012, n. 602 - Giudice Del Nevo - C.S. (Avv. Botto) c. Assicurazioni (Avv. Guerello).

ASSICURAZIONE - indennizzo diretto - scelta dell'Assicurazione da parte del danneggiato - esclusione.
(Artt. 139 e 149 D. lgs n. 209/2005)

L'indennizzo diretto, la cui ratio è quella di procedere tramite la propria compagnia assicuratrice al pronto risarcimento dei danni che si prestano ad un rapido accertamento, è procedimento sottratto alla disponibilità del danneggiato che non ha facoltà di scegliere la compagnia assicuratrice. Il riparto tra Assicuratori, infatti, è stabilito dalla Legge sulla base dell'intrinseca entità del danno e non può essere rimesso alla valutazione discrezionale di chi agisce.

(Nella specie il Tribunale ha dichiarato la carenza di legittimazione passiva in capo all'Assicurazione convenuta in causa dal proprio assicurato il quale aveva ridotto in citazione all'8% la lesione personale del danno biologico permanente, quantificata nella perizia dallo stesso prodotta pari al 10%).

C.GIA.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 15 maggio 2012 - Giudice La Mantia - M.R. (Avv. Boccardo e Zorzi) c. Condominio di Genova (Avv. Cecchetti).

COMUNIONE e condominio - assemblea straordinaria-convocazione - rispetto termini - necessità.
(Artt. 1130, n. 4, c.p.c. e 66 disp. att. c.c.)

L'amministratore di condominio, pur essendo legittimato a porre in essere atti conservativi necessari a salvaguardare la statica del fabbricato ai sensi dell'art. 1130, n. 4, c.c., nel momento in cui determina di convocare l'assemblea è tenuto al rispetto dei termini di convocazione di giorni cinque previsti dall'art. 66 disp. att. c.c.

(Nella specie il Tribunale ha annullato la delibera condominiale adottata in assenza dell'avviso di convocazione nel rispetto del termine di cinque giorni).

C.GIA.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 23 maggio 2012 - Giudice La Mantia - C. (Avv. Conterno) c. Condominio (Avv. Giugiario).

CONDOMINIO - ripartizione delle spese condominiali - deliberazione dell'assemblea - efficacia - mancata impugnazione - decreto ingiuntivo - giudizio di opposizione - limiti d'oggetto.

(Artt. 1123, 1135, 1137 c.c.)

La delibera con cui è approvato il riparto delle spese condominiali costituisce titolo di credito del condominio, e, di per sé, prova l'esistenza di tale credito e legittima non solo la concessione del decreto ingiuntivo, ma anche la condanna del condomino a pagare le somme nel giudizio di opposizione che quest'ultimo proponga contro tale decreto, giudizio il cui ambito è dunque ristretto alla sola verifica dell'esistenza e dell'efficacia della delibera assembleare.

A.FONT.

Tribunale della Spezia, 25 luglio 2012, n. 645 - Giudice d'Avossa - Tizio (Avv. Antognetti) c. Caio (Avv. Celi).

CONTRATTO in genere - annullamento per incapacità naturale - presupposti.
(Art. 428. c.c.)

Ai fini dell'annullamento di un negozio per incapacità naturale non occorre una totale privazione delle facoltà intellettive o volitive del soggetto, essendo sufficiente una semplice menomazione o una patologica alterazione mentale tale da impedire la libera formazione di una volontà cosciente (nel caso di specie il Giudice ha annullato le cambiali emesse al fine di estinguere un debito di gioco da un soggetto all'epoca affetto da sindrome da gioco d'azzardo patologico e da disturbo dell'umore indotto dalla dipendenza da sostanze stupefacenti).

(In senso conforme Cass., sez. lav., 18 marzo 2008, n. 7292)

A.NIC.

Tribunale di Genova, 8 marzo 2013, n. 6 - Pres. Scarzella - Rel. Cannata - L. (Avv. Buffa) c. INPS (Avv. Lo Scalzo).

FAMIGLIA - pensione di reversibilità - concorso ex coniuge divorziato e coniuge superstite - criteri di ripartizione.

(Art. 9 legge 1 dicembre 1970, n. 898)

FAMIGLIA - pensione di reversibilità - concorso ex coniuge divorziato e coniuge superstite - arretrati non corrisposti al coniuge divorziato - ripetizione.

(Art. 9 legge 1 dicembre 1970, n. 898)

Il coniuge divorziato è titolare di un autonomo diritto al trattamento di reversibilità che l'ordinamento attribuisce al coniuge sopravvissuto; solo che questo diritto, potenzialmente all'intero trattamento, è limitato quantitativamente dall'omologo diritto spettante al coniuge superstite. In altri termini, sia il coniuge divorziato che quello superstite sono titolari di un proprio diritto all'unico trattamento di reversibilità, e ciascuno di questi diritti è autonomo (perché non deriva dall'altro, né sussiste nei confronti dell'altro), e concorre in pari grado con quello dell'altro: in questo senso è, appunto, un diritto ad una quota della pensione di reversibilità.

La ripartizione della pensione di reversibilità fra il coniuge superstite e l'ex coniuge deve avvenire, a mente dell'art. 9, commi 2 e 3, legge 1 dicembre 1970, n. 898, sulla base della durata dei rispettivi matrimoni (Cass. Sez. Un. 159/1998).

Tuttavia tale criterio non deve divenire esclusivo, non potendosi ridurre l'apprezzamento del giudice ad un mero calcolo aritmetico (Corte costituzionale 405/1999); in tale ottica altri aspetti possono essere valutati in vario modo, in relazione alla particolarità del caso concreto, come correttivi che la giurisprudenza di legittimità non ha mancato di individuare facendo riferimento alla durata dei rapporti prematrimoniali, all'entità dell'assegno di mantenimento riconosciuto all'ex coniuge ed alle condizioni economiche dei due aventi diritto, attesa la finalità solidaristica, propria del trattamento pen-

sionistico. Non tutti devono necessariamente concorrere né essere valutati in egual misura, rientrando nell'ambito del prudente apprezzamento del giudice di merito la determinazione della loro rilevanza in concreto (Cass. 1627/2004).

In caso di concorso nel diritto a percepire la pensione di reversibilità tra il coniuge divorziato ed il coniuge superstite, nasce per entrambi, nei confronti dell'Ente erogatore (Cass. 14 dicembre 2001, n. 15837), il diritto a percepire tale trattamento; onde a carico di quest'ultimo, e non anche nei confronti del coniuge superstite che, nel frattempo, abbia percepito per intero e non pro quota il trattamento di reversibilità corrisposto dall'Ente medesimo, debbono essere posti gli arretrati spettanti al coniuge divorziato, sul trattamento anzidetto in proporzione alla quota riconosciuta dal giudice, a decorrere dal primo giorno del mese successivo a quello del decesso dell'ex coniuge. L'Ente previdenziale dovrà quindi corrispondere gli arretrati non percepiti al coniuge divorziato e potrà eventualmente recuperare dal coniuge superstite le quote versate in eccesso.

MK.C. e A.FRC.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 27 gennaio 2013, Giudice Casanova – O.E. S.r.l. (Avv.ti Bilanci e Gianardi) c. F. S.p.A. (Avv. Cassinelli).

GIURISDIZIONE – controversia in materia di contributi e sovvenzioni pubbliche – giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria – sussistenza.

CONCESSIONE finanziamenti comunitari – documento unico di programmazione obbiettivo 2 (2000–2006) – dichiarazione falsa o fraudolenta – revoca totale contributo – non sussiste.

In materia di contributi e sovvenzioni pubbliche, il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo va effettuato distinguendo tra le ipotesi in cui il contributo è riconosciuto dalla legge, la quale demanda alla P.A. il solo controllo successivo sulla sussistenza dei presupposti necessari, da quelle in cui è attribuita alla P.A. il potere di riconoscere l'ausilio previa valutazione degli interessi pubblici (così come confermato dal TAR Liguria Sent. 644/2007).

Deve trovare accoglimento la domanda volta a mantenere il contributo, già in precedenza percepito, secondo il DOCUP Obbiettivo 2 per l'avvio di nuove iniziative imprenditoriali, dichiarando di conseguenza la illegittimità del provvedimento di revoca emesso a seguito dell'accertamento su alcune fatture che risultavano in realtà saldate solo in un momento successivo alla dichiarazione ma entro il limite in cui doveva aver luogo la rendicontazione stessa.

Essendo il pagamento avvenuto in data anteriore all'erogazione del saldo del contributo, non è possibile ravvisare alcuna intenzionale irregolarità o negligenza, per cui deve trovare accoglimento la domanda volta a mantenere il contributo percepito ex DOCUP Obbiettivo 2, e deve di conseguenza rigettarsi la domanda riconvenzionale della convenuta.

MK.C. e A.FRC.

Tribunale della Spezia, 9 novembre 2012, n. 810 – Pres. D'Avossa – Rel. Sebastiani - M. (Avv.ti Basile e Taverniti) c. G. (Avv. Taiariol).

INTERDIZIONE, inabilitazione e amministrazione di sostegno – amministrazione di sostegno – contrasti tra congiunti – trasmissione al giudice tutelare – insussistenza.

(L. 6/2004)

Come stabilito da Cass. Sez. I, n. 22332 del 26.10.2011, gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, a seguito dell'entrata in vigore della L. 6/2004, sono stati limitati a favore, ove possibile, dell'amministrazione di sostegno come misura volta a sacrificare minimamente la capacità di agire del soggetto tenendo conto sia dell'attività che deve essere svolta a favore di questi, sia della gravità e durata della malattia e delle altre circostanze che caratterizzano la fattispecie.

A seguito esame dell'inabilitanda, è emersa un'esigenza di tutela ed assistenza che deve coinvolgere anche la cura della persona; esigenza che non può essere soddisfatta attraverso l'assistenza effettuata da un soggetto esterno e solo per gli atti di straordinaria amministrazione.

Anche la misura dell'interdizione non può essere applicata in quanto determinerebbe una compressione della capacità d'agire della convenuta che attualmente è in grado di relazionarsi con gli altri e di esprimere una propria volontà su proprie scelte personali.

Pertanto, si ritiene più adeguata la misura dell'amministrazione di sostegno anche relativamente ai timori dei ricorrenti circa una non corretta gestione del patrimonio della convenuta.

Poiché l'esistenza di contrasti fra i congiunti determina l'inopportunità della nomina di uno fra costoro quale amministratore di sostegno, ne deriva che la scelta del soggetto idoneo deve essere demandata al Giudice Tutelare stante l'inesistenza dei presupposti per l'adozione dei provvedimenti ex art. 418 u.c. c.c.

MA.GRI.

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 13 febbraio 2013, n. 503 – Pres. Scarzella – Rel. Cannata – P. M. c. M. P.

INTERDIZIONE, inabilitazione e amministrazione di sostegno – amministrazione di sostegno – ambito applicativo – discrimen rispetto all'interdizione – individuazione – adeguatezza della misura – necessità.

(Art. 410, 414 c.c.)

Nel delimitare le condizioni dell'amministrazione di sostegno rispetto a quelle dell'interdizione, l'art. 414 c.c., così come innovato dalla recente legge, pur confermando i presupposti dell'interdizione secondo la previgente normativa, esplicita il criterio di adeguatezza: il Giudice sceglie l'interdizione quando ciò è necessario per assicurare un'adeguata protezione all'assicurato. Il Giudice di merito ha una discrezionalità, non censurabile dal Giudice di legittimità, nella scelta dell'istituto che meglio si adatta al caso concreto; in questa valutazione, vengono in considerazione il tipo di infermità, la condizione patrimoniale, il grado di apparente autonomia che l'interessato manifesta nei rapporti con terzi, il grado di collaborazione che presta con le persone che l'aiutano e soprattutto la situazione ambientale in cui vive il soggetto e la presenza di una persona "vicina" al beneficiario, quale un familiare; la necessità di un rapporto personale tra amministratore e beneficiario e la capacità di interagire dell'amministrato appare presupposta dalla recente legge, laddove l'art. 410 c.c. indica che "nello svolgimento dei suoi compiti l'amministratore di sostegno deve tenere conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario".

(Nel caso di specie, il Pubblico Ministero chiede l'interdizione di un soggetto, il quale risulta invalido nella misura del 75%, è seguito dai Servizi Sociali, ha dichiarato di essere favorevole ad un aiuto nella gestione delle questioni di vita ed economiche ed ha un patrimonio di facile gestione e di modesta entità; il Tribunale, ritenendo che l'amministrazione di sostegno sia l'istituto più idoneo, dichiara l'estinzione del procedimento di interdizione e dis-

pone la trasmissione degli atti al Giudice Tutelare per l'apertura di amministrazione di sostegno).

V.CAV.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 17 giugno 2012 – Giudice La Mantia – N.S.C. Servizi Immobiliari (Avv.ti Maggi e Calderazzo) c. D.D. (Avv. Rosa) e M.M. (Avv.ti Canepa e Gugliotta).

MEDIAZIONE e mediatore – provvigione – diritto del mediatore – presupposti.

(Artt. 1754 e ss. c.c.)

Deve escludersi, ai fini del riconoscimento del diritto del mediatore al percepimento della provvigione, la necessità che l'agente immobiliare intervenga in tutte le fasi delle trattative fino all'accordo definitivo, ritenendo invece sufficiente l'esistenza di un nesso causale tra l'affare e l'opera del mediatore.

(In senso conforme Cass., sez. III, 20 dicembre 2005, n. 28231 e Cass., sez. III, 25 febbraio 2000 n. 2136)

Nell'ambito del contratto di mediazione deve escludersi la solidarietà passiva del venditore e dell'acquirente nell'obbligo di pagamento della provvigione spettante al mediatore, stante l'autonomia dei due crediti, i quali possono essere fatti valere in separati giudizi.

(In senso conforme Cass., sez. III, 1 febbraio 1995, n. 1152)

A.NIC.

Tribunale di Genova, 13 febbraio 2013 – Giudice Vinelli – M.A. e I.S. (Avv. Ronco) c. A. Snc (Avv. Cambiaggio).

MEDIAZIONE e mediatore – diritto alla provvigione – necessità di previo incarico – esclusione.

(Artt. 1754 e 1755 c.c.)

MEDIAZIONE e mediatore – diritto alla provvigione – prescrizione – frode del debitore – sospensione del termine di prescrizione – applicabilità.

(Artt. 2941 e 2950 c.c.)

MEDIAZIONE e mediatore – diritto alla provvigione – prescrizione – sospensione del termine di prescrizione – frode del debitore – sussistenza.

(Artt. 2941 e 2950 c.c.)

MEDIAZIONE e mediatore – diritto alla provvigione – liquidazione – usi di piazza – rilevanza.

(Artt. 1755 c.c.)

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 1754 e 1755 c.c. il diritto alla provvigione è correlato unicamente all'espletamento dell'attività di mediazione ed alla conclusione di un affare causalmente riconducibile ad essa e non anche ad un previo incarico (che origina la c.d. mediazione atipica, in quanto difforme dal modello codicistico che presuppone appunto l'assenza di previo incarico).

E' pacificamente applicabile al termine prescrizione previsto dall'art. 2950 c.c. il disposto dell'art. 2941, n. 8, c.c., secondo il quale la prescrizione resta sospesa "tra il debitore che ha dolosamente occultato l'esistenza del debito ed il creditore, finché il dolo non sia stato scoperto".

(In senso conforme Cass, sez. II, 28 marzo 1988, n. 2604)

La fattispecie sospensiva di cui all'art. 2941, n. 8, c.c. è integrata dal comportamento del debitore intenzionalmente diretto ad occultare al creditore l'esistenza dell'obbligazione: detto comportamento può anche estrinsecarsi in un'omissione, nelle sole ipotesi in cui questa riguardi atti a cui il debitore per legge è obbligato. (Nel caso di specie il Giudice ha individuato la condotta dolosa del debitore nel non aver comunicato al mediatore l'intervenuta stipulazione del contratto preliminare e nell'aver falsamente riferito al mediatore stesso di non aver avuto più notizie degli acquirenti proposti e di avere, anzi, venduto l'immobile ad un terzo).

In mancanza di accordo tra le parti il diritto alla provvigione può essere quantificato nella misura pari al 3% del prezzo di vendita, percentuale applicabile secondo gli usi di piazza richiamati dall'art. 1755 c.c..

A.NIC.

Tribunale della Spezia, 19 ottobre 2012, n. 750 – Giudice Farina – C. s.r.l. (Avv.ti Megli e Massiglia) c. Provincia della Spezia (Avv.ti Benvenuto e Allegri).

NOTIFICAZIONE e comunicazione di atti civili – tardività della notifica – insussistenza.

PROCEDIMENTO civile – opposizione ad ordinanze – fondatezza – sussistenza.

(Art. 52, comma 3, D.L.vo22/1997)

E' infondata l'eccezione di tardività della notifica. L'art. 14 della L. 689/1981 prevede l'immediatezza della contestazione solo quando questo è possibile e nella valutazione di tale possibilità occorre tener conto del momento in cui la PA è a conoscenza dell'infrazione compresi i tempi dei necessari accertamenti documentali. Nel caso di specie, inoltre Cass. 11097/98 ha sostenuto come l'omessa contestazione immediata della violazione non invalida la successiva ordinanza ingiunzione, a condizione che si sia proceduto alla notifica degli estremi della violazione nel termine di 90 gg. dall'accertamento; pertanto l'Amministrazione provinciale all'esito di accertamenti non immediati ha ritenuto di ravvisare l'illecito solo dopo aver ottenuto le risposte ai quesiti dell'Arpat.

Devono essere annullate le ordinanze ingiunzione emesse dalla Provincia e nessuna sanzione è dovuta in quanto per le attività di trasporto pneumatici nessuna violazione pare realmente accertata dagli organi di polizia operanti. Ciò in quanto non risulta che la ditta produttrice del rifiuto avesse impianti di lavaggio chimico fisico; sulla base, infatti, delle produzioni effettuate nel processo dalla Provincia, gli atti di accertamento si riferiscono alla società.

Analogamente è da ritenere insussistente la responsabilità del trasportatore che esiste solo astrattamente per un sistema normativo che prevede un controllo reciproco tra i soggetti che intervengono nella movimentazione dei rifiuti come previsto dall'art 15 D.Lvo. 22/1998.

Riguardo poi all'inesatta compilazione del formulario dei rifiuti, la qualificazione dei termini di inesattezza è fatta discendere, dalla Provincia, dalle comunicazioni dell'Arpat in base alle quali la Società è autorizzata alle attività di messa in riserva e non alle attività ulteriori di trattamento quali le operazioni di lavaggio chimico fisico.

MA.GRI.

Tribunale di Genova, sez. I civ., ord. 4 aprile 2013 – Pres. Costanzo – Rel. Scarzella - S.P. c. Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e Consiglio dell'Ordine dei Dot-

tori Commercialisti di Genova, con intervento del P. M.

PROFESSIONI intellettuali – dottori commercialisti – deliberazioni in materia disciplinare del Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili – impugnabilità – sussistenza - fondamento.

(Art. 50 bis c.p.c., art. 28 D.P.R. 27 ottobre 1953, n. 1067; art. 32 D.Lgs. 28 giugno 2005, n. 139)

In assenza di una specifica disciplina sul rito applicabile nel caso di impugnazione delle deliberazioni del Consiglio Nazionale in materia disciplinare, non potendo ritenersi operante il disposto di cui al previgente art. 28 stante la sua intervenuta abrogazione, deve concludersi per l'applicabilità del rito ordinario di cognizione, da introdursi con atto di citazione avanti al Tribunale del luogo dove ha sede il Consiglio che ha emesso la deliberazione che, ex art. 50 bis c.p.c., sarà poi chiamato a pronunciarsi sulla domanda in composizione collegiale.

L.GRB.

Tribunale di Genova, sez. III, 4 novembre 2012 – Unico La Mantia – C.M. (Avv. Traverso) c. V.S. (Avv.ti Boccardo e Lavagetto).

RESPONSABILITÀ civile – danni conseguenti ad opere edili – in genere.

(Artt. 2043, 2050 e 2053 c.c.)

Il condomino che esegue opere edili nel proprio immobile ed altera la statica dell'edificio condominiale risponde dei danni conseguentemente cagionati alle altre proprietà esclusive. Con esso risponde, in via parziaria e nei limiti degli ulteriori danni cagionati, il nuovo proprietario dell'immobile che non intervenga per porre rimedio alla compromessa situazione statica o che intervenga in modo insufficiente o peggiorativo. Ugualmente in via parziaria e nei limiti degli ulteriori danni cagionati risponde l'impresa che abbia colposamente eseguito all'interno dell'immobile lavori incompleti ed inidonei al ripristino della statica dell'edificio condominiale.

A.NIC.

Tribunale della Spezia, 26 luglio 2012, n. 647 – Giudice Di Roberrto – Tizio (Avv.ti Lo Giudice e Tedesco) c. Comune della Spezia (Avv.ti Carabba, Furia e Puliga).

RESPONSABILITÀ civile – cose in custodia – danni – onere della prova.

(Artt. 2051 e 2697 c.c.)

La responsabilità per cose in custodia ha carattere oggettivo e trova il suo fondamento nella mera relazione intercorrente tra la cosa e colui che esercita l'effettivo potere su di essa, nonché nel rischio che grava sul custode per i danni prodotti dalla cosa che non dipendano da caso fortuito.

(In senso conforme Cass, sez. III, 6 febbraio 2007, n. 2563)

In tema di responsabilità per cose in custodia, incombe sul danneggiato l'onere di provare il pregiudizio subito ed il nesso di causalità tra questo ed il dinamismo connotato alla cosa, mentre compete al custode dimostrare la sussistenza del caso fortuito, tale da interrompere il nesso causale tra la cosa e l'evento dannoso.

A.NIC.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 13 febbraio 2013, n. 504 – Giudice Bonino – Ministero dell'Interno (Avvocatura dello Stato) c. P. (contumace).

RESPONSABILITÀ civile – danno da lesioni – danno al datore di lavoro – lesione del diritto di credito – determinazione – sussistenza.

Deve trovare accoglimento la richiesta di risarcimento danni da parte del Ministero dell'Interno, avverso colui il quale provochi lesioni ad agenti della Polizia di Stato.

Colui che cagiona lesioni ai dipendenti dello Stato, con conseguente invalidità temporanea lavorativa assoluta ed impossibilità per il datore di lavoro di utilizzare le prestazioni lavorative degli stessi, è obbligato a risarcire, all'amministrazione, l'esborso delle retribuzioni e dei relativi contributi previdenziali obbligatori nel periodo di assenza per malattia, costituente il normale valore delle prestazioni perdute.

(In senso conforme Cass. n. 5699/1986; Cass. SSUU n. 6132/1987; Cass. n. 7063/1993; Cass. n. 15399/2002).

MK.C. e A.FRC.

Tribunale di Chiavari, 30 settembre 2011, n. 659 - Giudice Del Nevo – R. (Avv. Bongiorno Gallegra) c. C. (Avv.ti Arzeni e Messina) e c. R. (Avv. Razzaboni).

USUCAPIONE – servitù di passaggio con teleferica – usucapione diritto personale di godimento – esclusione.

(Art. 1057 c.c.; artt. 3 e 8 L. n. 403/1907 e artt. 11 e 15 R.D. n. 829/1908)

La servitù di teleferica costituisce un vero e proprio diritto reale in forza dell'esplicito richiamo operato dall'art. 1057 c.c. alla normativa speciale - L. n. 403/1907 e il R.D. n. 829/1908 -. Quest'ultima, infatti, qualifica la servitù di passaggio con teleferica come diritto prediale e non come diritto irregolare vincolato alla persona. (Nella specie il Tribunale ha dichiarato inammissibile e respinto la domanda dei convenuti che avevano avanzato domanda di usucapione del diritto di servitù di teleferica a favore di persone fisiche e non dei terreni di loro proprietà.)

C.GIA.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 3 maggio 2012 – Giudice La Mantia.

USUCAPIONE – bene immobile – esercizio del possesso pieno – termine ventennale – successione nel possesso – ammissibilità della prova per testi.

(Artt. 1146, primo comma, 1158 c.c.)

Il possesso pieno, corrispondente cioè al diritto di proprietà, di un bene immobile, esercitato per venti anni, soddisfa le condizioni richieste dall'art. 1158 cod.civ. per l'usucapione del bene stesso. Ai fini della durata, vale il principio per cui il possesso dell'erede continua quello del de cuius: pertanto i due periodi si sommano. E' sufficiente anche la prova per testi, purché attendibile (nella specie i testi esano due, ed avevano reso dichiarazioni precise e concordanti).

A.FONT.

Documenti

Note a margine delle modifiche al giudizio civile di appello in tema di nuove prove e di rito sommario

Maria Teresa Bonavia

Presidente di Sezione della Corte d'Appello di Genova

Il giudizio civile di appello è stato oggetto di interventi legislativi, recenti e recentissimi, frammentari, tra loro non coordinati, eterogenei, accomunati soltanto dall'intento di perseguire finalità deflative del contenzioso, di accelerazione dell'*iter* processuale e di semplificazione della fase decisoria. Al tema specifico del divieto dei *nova* e del rito sommario vorrei anteporre qualche riflessione sulle prime in ordine di tempo di tali innovazioni processuali, introdotte dall'art. 27, comma 2°, della L. 12 novembre 2011 n. 183, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato" (Legge di Stabilità 2012), applicabili dal 1° febbraio 2012, consistenti, in particolare, nella modifica dell'art. 283 c.p.c. mediante la previsione della facoltà per il giudice di condannare, con ordinanza non impugnabile ma revocabile con la sentenza definitiva, la parte richiedente l'inibitoria ad una pena pecuniaria non inferiore a euro 250 e non superiore ad euro 10.000, nel caso di inammissibilità ovvero di manifesta infondatezza dell'istanza.

L'inopportunità di siffatta norma è evidente per plurime ragioni: in primo luogo tale disposizione non ha la benché minima attinenza con gli scopi enunciati al medesimo art. 27, ossia "l'accelerazione del contenzioso civile pendente in grado di appello", nè con intenti deflattivi del contenzioso, poiché il provvedimento sulla richiesta di inibitoria non prolunga la durata del processo, e neppure incide, come reso palese dalla revocabilità in sede di sentenza definitiva, sull'esito della controversia in guisa tale da disincentivare l'instaurazione del giudizio di appello, determinata non tanto dall'obiettivo di evitare l'esecuzione provvisoria della sentenza di primo grado quanto piuttosto dall'intendimento di conseguire la riforma. In secondo luogo è suscettibile di creare vistose difformità di trattamento da Corte a Corte, da Sezione a Sezione della medesima Corte e da Collegio a Collegio, attesa l'ampiezza della forbice tra minimo e massimo della sanzione pecuniaria, infine, e soprattutto, si risolve in un meccanismo rozzamente sanzionatorio rispetto ad una facoltà processuale espressamente riconosciuta alle parti, tanto più assurdo quanto più non solo sono indefiniti e opinabili i contorni della nozione di manifesta infondatezza nel merito dell'istanza, ma può presentarsi incerta la stessa fattispecie della inammissibilità dell'istanza medesima. A quest'ultimo proposito si pensi all'affermazione della insussistenza di poteri sospensivi in relazione alle sentenze dichiarative e costitutive, indirizzo prevalente nella giurisprudenza delle Sezioni unite (Cass. Sez. Un. n. 4059 del 2010; Cass. Sez. Un. n. 437 del 2000; Cass. Sez. Un. n. 5443 del 1996) e delle Sezioni semplici (v. *ex plurimis* Cass. n. 24640 del 2010; Cass. n. 14896 del 2009; Cass. n. 11097 del 2004; Cass. n. 11594 del 2001) al quale, però, hanno fatto riscontro oscillazioni, ancorché ampia-

mente minoritarie, delle Sezioni semplici della Corte di legittimità (v. Cass. n. 16737 del 2011). Detti profili danno conto delle ragioni per le quali la disposizione in argomento, ancorché applicabile dal 1° febbraio 2012, è stata finora pressoché inoperante, alla stregua dell'esperienza della Prima Sezione Civile della Corte di Appello di Genova e, a quanto risulta, anche della Seconda Sezione Civile e della Terza Sezione Civile; ma non possiamo ignorare che un approccio negativo non può comportare una sorta di disapplicazione della legge, sicché si renderà necessario individuare precisi criteri alla stregua dei quali tipizzare l'ambito di operatività della norma, ivi rientrando indubbiamente il caso specifico della sentenza di rigetto della domanda con la conseguente condanna alle spese, impugnata senza l'autonoma richiesta di riforma del capo relativo detta condanna, oggetto, peraltro, dell'istanza di sospensione. Conclusivamente sul punto, dato atto che in un paio di casi l'applicazione del comma aggiunto all'art. 283 c.p.c. è stata invocata dalla parte appellata, resistente nel subprocedimento di inibitoria, nell'errato convincimento che si trattasse di un esborso in proprio favore, riconducibile all'art. 96 c.p.c., va segnalato, comunque, che l'incidenza di siffatta innovazione appare ridimensionata dal fatto che la condanna alla pena pecuniaria non è immediatamente esecutiva, in quanto soggetta a revoca nella fase decisoria in base alla sorte del proposto gravame. Ridimensionamento questo però nel contempo pericoloso, siccome potenzialmente idoneo a disincentivare la definizione transattiva, proprio per la necessità della sentenza che, definendo la controversia in senso favorevole alla parte richiedente l'inibitoria, revochi la condanna alla pena pecuniaria. Sarei, però, incline, in nome del buon senso, a sostenere che detta revoca potrebbe essere disposta anche con la sentenza di estinzione del processo per rinuncia agli atti o all'impugnazione nonché con la sentenza di cessazione della materia del contendere, con l'accordo delle parti sulla compensazione delle spese, trattandosi di ipotesi simmetrica, ma di segno opposto, al caso della pronuncia sul processo sfavorevole alla parte che ha richiesto l'inibitoria, caso quest'ultimo in cui dovrebbe essere esclusa la revoca della condanna alla pena pecuniaria.

Scarsamente significativa è, poi, la modifica del comma 1 dell'art. 351 c.p.c., consistente nella inoppugnabilità dell'ordinanza sulla sospensione dell'efficacia esecutiva o dell'esecuzione pronunciata alla prima udienza di trattazione, poiché consistente nella mera codificazione di un principio già costantemente accreditato nella giurisprudenza di merito sulla base di un'interpretazione complessiva e coordinata della predetta norma.

La delega ad un componente del Collegio per l'assunzione dei mezzi istruttori, costantemente invocata dai giudici di appello fin dal momento dell'entrata in vigore della riforma del 1990 che ha introdotto la collegialità dell'appello senza deroghe neppure per le cause in unico grado, è giunta troppo tardi e costituisce un esempio di quella mancanza di coordinamento testé rimarcata, poiché il successivo intervento sull'art. 345 c.p.c., attuato con il D.L. n. 83 del 2012 convertito, con modificazioni, nella L. 7 agosto 2012 n. 134, ha ridotto a mera ipotesi residuale l'espletamento delle prove nell'ordinario processo di appello.

In ultima analisi l'unico dato astrattamente di segno positivo è la generalizzata applicazione in sede di giudizio di appello dell'art. 281 sexies c.p.c., che consente la notevole semplificazione dell'*iter* processuale e l'estrema anticipazione dei tempi della decisione nonché riduce l'impegno nella stesura della sentenza, di cui, inoltre, è facile ipotizzare l'impiego nei casi, comunque infrequenti, di inammissibilità e improcedibilità dell'appello, e anche l'alternatività rispetto al filtro di cui all'art. 348 bis, che, in base all'esperienza, appare di rarissima applicazione perché nella pratica non accade mai che l'appello si fondi su un unico motivo e, a fronte di plurime ed articolate censure, appare estremamente difficile escludere ogni ragionevole probabilità di accoglimento.

Purtroppo, però, le concrete possibilità di utilizzare lo strumento della decisione a seguito di trattazione orale non sussistono in ordine alle cause complesse, tali, in estrema sintesi, per le peculiarità che connotano quella determinata controversia, come nel caso della deduzione di numerosi motivi di impugnazione ovvero per la materia trattata e, quindi, la Prima Sezione Civile della Corte di Appello, che è anche Sezione Specializzata Proprietà Industriale e Sezione Specializzata Imprese, è riuscita a pronunciare, in ragione della propria competenza tabellare afferente alle cause più complesse in diritto, una sola sentenza ex art. 281 sexies c.p.c., ferma restandone, tuttavia, l'applicabilità alle pronunce in rito - invero molto rare - in tema di inammissibilità ed improcedibilità dell'appello.

La più recente novità processuale è quella introdotta dalla L. 24/12/2012 n. 228 recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato" (Legge di Stabilità 2013), che all'art. 1, comma 17, prevede l'aggiunta all'art. 13 del T.U. di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, del comma 1-quater, disponente che: «Quando l'impugnazione, anche incidentale, è respinta integralmente o è dichiarata inammissibile o improcedibile, la parte che l'ha proposta è tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, principale o incidentale, a norma del comma 1-bis. Il giudice dà atto nel provvedimento della sussistenza dei presupposti di cui al periodo precedente e l'obbligo di pagamento sorge al momento del deposito dello stesso». Tale novità, che si colloca nella medesima prospettiva brutalmente sanzionatoria della pena pecuniaria sopra esaminata, è ispirata da null'altro se non dall'evidente intento deflattivo ed induce l'interprete ad interrogarsi su quale sia il modello del processo civile contenzioso ordinario in appello tenuto presente dal legislatore, ammesso che il legislatore si sia rappresentato un qualche organico paradigma concettuale.

Orbene, poiché la disposizione transitoria, di cui all'art. 1, comma 18, della medesima Legge di stabilità 2013, prevede l'applicazione della norma che precede ai procedimenti iniziati dopo il trentesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge in argomento - ossia iniziati dopo il 31 gennaio 2013 - è da ritenersi, secondo il lessico legislativo più recente, che si tratti dei procedimenti iniziati in primo grado a far data dal 31 gennaio 2013; di applicazione a breve può parlarsi per i procedimenti di rapida definizione in sede di gravame, quali, ad esempio, le locazioni (definite entro cinque mesi dal deposito del ricorso in appello), il rito sommario ed il rito del lavoro, dovendosi, invece, a prima vista escludere le procedure concorsuali, estranee, a far data dal gennaio 2008, al rito contenzioso ordinario.

Riguardo alle disposizioni transitorie sembra opportuno segnalare all'attenzione dell'operatore pratico che ormai costi-

tuisce un problema di non poco momento anche l'individuazione della legge processuale applicabile al singolo procedimento di appello, poiché il legislatore si è, per così dire, scatenato in un panorama molto variegato, che, esemplificativamente, va dalla data di introduzione del giudizio di secondo grado, nel caso delle pronunce sulla inammissibilità dell'appello ex artt. 348 ter e 342, comma 1, alla data dell'introduzione del giudizio di primo grado, per l'estinzione ex artt. 181 e 309 c.p.c., per le nuove ragioni di compensazione delle spese, per il nuovo art. 96, alla data della scadenza del termine per l'impugnazione nel caso del nuovo regime relativo ai lodi arbitrali in materia di appalti pubblici, avendo il legislatore optato per il principio del *tempus regit actum* soltanto per le modifiche di cui agli artt. 345, comma 3, e 702 quater, comma 1, il che esclude, riguardo a tali disposizioni, la fondatezza del dubbio di legittimità costituzionale sollevato dalla dottrina in ordine all'art. 54 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella L. 7 agosto 2012, n. 134, sotto il profilo della violazione dell'art. 77 Cost. per la carenza dei requisiti di necessità e di urgenza resa palese dalle disposizioni transitorie volte a differirne l'entrata in vigore. La disamina del tema specifico relativo alla modifica del testo dell'art. 345, comma 3, c.p.c. introdotta dall'art. 54, comma 1, della L. 7 Agosto 2012 n. 134 di conversione del D.L. 22 Giugno 2012 n. 83 - consistente nella soppressione delle parole: «che il collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero», sicché il testo novellato del terzo comma dell'art. 345 c.p.c. attualmente recita «non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio» - pare richiedere, al fine di coglierne la portata innovativa, un'impostazione di carattere storico, che consente di percepire la problematica generale afferente all'ingresso delle prove nel giudizio di appello nel suo divenire a partire dall'art. 345 c.p.c. nel testo sostituito dall'art. 36 della L. n. 581 del 1950, che, a propria volta, aveva costituito una sorta di "controriforma" rispetto alla regolamentazione originaria del 1942.

Con ciò, malauguratamente, non si può dire che tale testo dell'art. 345 c.p.c. - del seguente tenore: "Le parti possono proporre nuove eccezioni, produrre nuovi documenti e chiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova, ma se la deduzione poteva essere fatta in primo grado si applicano per le spese del giudizio d'appello le disposizioni dell'art. 92, salvo che si tratti del deferimento del giuramento decisorio." - sia un mero residuo storico perché, se è vero che stiamo definendo i procedimenti di appello di c.d. vecchio rito (vale a dire instaurati in primo grado prima del 30 aprile 1995 in ordine alle quali trova applicazione il regime processuale anteriore alla novella di cui alla L. n. 353 del 1990 e successive modificazioni) e che da quasi un semestre non giungono in appello cause di vecchio rito, è anche vero che non sappiamo se dinanzi ai Tribunali del Distretto pendono ancora detti procedimenti e che, comunque, a tale rito sono soggetti gli eventuali, futuri giudizi di rinvio dalla Cassazione, già al medesimo rito assoggettati nei precedenti gradi di merito. Invero, salva la pienezza della rivalutazione dei fatti già acquisiti, la scelta del divieto di nuove allegazioni e di nuove prove in appello è stata sempre circondata da un sofferto dibattito dottrinale: basti ricordare che il progetto preliminare SOLMI prevedeva l'ammissibilità di nuovi documenti o mezzi di prova solo quando la ragione e la possibilità di va-

lersene fossero sorte dopo la chiusura del giudizio di primo grado e che questa disposizione fu oggetto di critiche anche da parte dello stesso Calamandrei, espressosi nel senso che: "in un sistema il quale consideri il processo civile come affare di interesse privato è logicamente concepibile che la proposizione dei mezzi di difesa sia rigidamente condizionata alla osservanza dei termini preliminari, destinati a ridurre il materiale di lite ed a mettere fuori gioco, per amore di celebrità le produzioni tardive, anche se il non tenerne conto possa portare ad una sentenza ingiusta. Questa sarebbe una concezione quanto mai individualistica del processo civile. Ma quando si ritenga che anche nelle liti civili è in gioco la giustizia, la quale non è mai affare di puro interesse privato, allora il sacrificare la giustizia all'osservanza dei termini e il costringere il giudice a chiudere gli occhi dinanzi alla verità solo perché la verità è stata detta in ritardo, vuol dire proprio andare contro questi scopi che nel processo civile lo Stato si propone di raggiungere." (Sul progetto preliminare Solmi in Studi nel processo civile, 1939, p. 164 e ss.).

Mi piace citare queste parole che possiedono il fascino di una profonda verità ma rendono evidente la distanza rispetto all'attualità, ancorata al realistico relativismo di una sentenza "giusta allo stato", e ciò per effetto di circa un decennio di applicazione del regime delle preclusioni nel giudizio di 1° grado, che, realizzando un apprezzabile equilibrio tra le contrapposte esigenze, ci ha reso consapevoli dell'inaccettabile incoerenza del sistema insita nella indiscriminata apertura a nuove prove in appello.

Invero, il testo del terzo comma dell'art. 345 c.p.c., come modificato dall'art. 52 della L. n. 353 del 1990, formulato come segue: "Non sono ammessi nuovi mezzi di prova, salvo che il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Può sempre deferirsi il giuramento decisivo", non poteva essere considerato il massimo della chiarezza sia per il riferimento alle sole prove costituenti sia per il lavoro interpretativo che ha comportato l'elaborazione del concetto di nuovi mezzi di prova. D'altronde, è ancora attuale la riflessione sull'elaborazione giurisprudenziale maturata in riferimento a tale testo, poiché le nuove prove in appello sono rimaste per il procedimento sommario di cognizione, come si evince dal nuovo testo dell'art. 702 quater c.p.c., anche se si fa ora riferimento alle nuove prove «indispensabili» e non più soltanto «rilevanti», e proprio non si comprende il trattamento differenziato e privilegiato rispetto al procedimento ordinario di cognizione, concernente, altresì, l'inapplicabilità del filtro di cui all'art. 348 bis.

La nostra giurisprudenza locale, confermata dalla Corte di legittimità (in particolare, cfr. Cass. n. 25157 del 2008), ha enucleato la nozione di prove non nuove, ma inammissibili in appello, per la preclusione maturata a seguito dell'acquiescenza al provvedimento di reiezione dell'istanza di ammissione del mezzo istruttorio allorché la parte deducete non aveva riproposto in sede di precisazione delle conclusioni definitive le richieste istruttorie disattese nonché per rinuncia del proponente allorché la parte, dopo aver articolato la prova per testi, aveva ommesso di coltivarla ed aveva chiesto l'udienza di precisazione delle conclusioni nonché in tale sede non aveva insistito per l'ammissione del mezzo istruttorio.

Del pari la locale giurisprudenza, confermata dalla giurisprudenza di legittimità, ha individuato quale fattispecie decadenziale la proposizione di istanze istruttorie non *in limine*

litis, in quanto estranee al contenuto dell'atto introduttivo del giudizio di gravame e ad esso successive, dal momento che è nell'atto di appello che si esplica e si esaurisce ogni effetto devolutivo, e senza la necessità di un provvedimento autorizzativo della produzione documentale per essere demandata alla fase decisoria la valutazione circa l'indispensabilità, indirizzo confermato dalla Cassazione (Cass. n. 8877 del 2012; n. 23963 del 2011; n. 6528 del 2004).

Fondamentale per il giudice di appello è stata l'elaborazione del concetto di prova nuova, alla stregua del quale sono state reputate nuove, oltre alle prove dedotte per la prima volta in appello, anche le prove dedotte in primo grado ma non ammesse, costituendo detto esito la sintesi di due principi fondamentali, ossia il principio di infrazionabilità - per cui è inammissibile in appello la prova testimoniale preordinata a contrastare, completare o confortare le risultanze di quella dedotta e assunta in primo grado, e cioè a determinare, attraverso nuove modalità e circostanze una diversa valutazione dei fatti che sono stati oggetto dello stesso mezzo istruttorio nel precedente grado del processo (Cass. n. 8526 del 2003) - ed il principio dell'effetto devolutivo dell'appello in base alla proposizione di specifici motivi - per cui l'appellante è tenuto a contestare con l'atto di appello il provvedimento di rigetto delle istanze istruttorie emesso dal giudice di primo grado ovvero la statuizione implicita, insita nell'essere stata ritenuta la causa matura per la decisione.

Ferma restando la natura di nuova prova dei documenti formati successivamente al maturare delle preclusioni istruttorie, i documenti irrivalentemente prodotti in primo grado sono stati reputati costituire prova nuova (Cass. n. 8004 del 2011) e i mezzi di prova tardivamente proposti sono stati un terreno nel quale noi giudici di appello ci siamo indubbiamente allargati, tuttavia con l'avallo della Cassazione (Cass. n. 12303 del 2011; n. 901 del 2004), poiché abbiamo espresso la tendenza ad annoverarli tra le prove nuove, con il limite che il fatto offerto a prova fosse stato dedotto nel giudizio di primo grado e, nel caso di espressa dichiarazione di inammissibilità ad opera del primo giudice, della proposizione della relativa censura specifica con l'atto di appello. Solo in tempi recentissimi una pronuncia di legittimità è intervenuta a smentire tale interpretazione, senza peraltro considerare l'incoerenza del trattamento dei mezzi di prova rispetto ai documenti.

È noto che la prevalente giurisprudenza, di merito e di legittimità, si era espressa nel senso che il terzo comma del testo novellato dell'art. 345 c.p.c., riferendosi ai "nuovi mezzi di prova" si occupava, tanto con il divieto posto in via generale quanto con le due eccezioni ad esso apportate, esclusivamente delle prove cosiddette costituenti, ossia delle prove disposte ed assunte dal giudice (segnatamente, cfr. Cass. n. 15646 del 2003; Cass. n. 6756 del 2003; Cass. n. 60 del 2003; Cass. n. 5463 del 2002; Cass. n. 13670 del 2001) e che, in tema di *ius novorum* in appello, la citata norma del codice di rito poneva un'alternativa allo svolgimento di un giudizio chiuso alle nuove prove costituenti lasciando al prudente apprezzamento del Collegio la valutazione in ordine al requisito della indispensabilità di esse rispetto alla decisione della controversia, atteso che, non diversamente da quanto previsto dal successivo art. 437 - dettato in tema di controversie di lavoro - introduceva l'anzidetta deroga alla preclusione processuale posta a presidio dell'infrazionabilità della prova rimettendo, appunto, alla discrezionalità dell'organo giudicante la verifica della decisività o meno delle nuove prove costituenti (in particolare, così Cass. n. 13820 del

2002). Corollario di tale interpretazione era che l'istanza di esibizione di documenti ex art. 210 c.p.c. - ferma restandone la natura di strumento istruttorio residuale, utilizzabile soltanto quando la prova del fatto non sia acquisibile *aliunde*, l'iniziativa non presenti finalità esplorative e riguardi documenti specificamente indicati dalla parte istante, di cui sia certa l'esistenza - veniva considerata suscettibile di essere proposta per la prima volta in appello, in quanto appunto strumentale rispetto all'acquisizione di prove precostituite, alle quali si reputava inapplicabile il divieto stabilito dall'art. 345, comma 3, c.p.c. (così Cass. n. 1261 del 2003). È parimenti noto che le Sezioni Unite, andando di contrario avviso, hanno affermato che il divieto di proporre in sede di appello nel rito ordinario nuovi mezzi di prova, sancito dall'art. 345, comma 3, c.p.c. si applica anche ai documenti (cfr. Cass. Sez. Un. n. 8203 del 2005).

Da ultimo occorre rammentare l'estraneità all'ambito di operatività della norma in argomento delle prove che il giudice può disporre d'ufficio, quali l'ordine di ispezione ex art. 118 c.p.c., l'ordine di esibizione ex art. 2711, comma 2, cod. civ. e la richiesta di informazioni alla P.A. ex art. 213 c.p.c., nonché l'estraneità della consulenza tecnica d'ufficio.

Dato atto che la modifica del terzo comma dell'art. 345 c.p.c. per effetto dell'art. 46, comma 18, della L. 18 giugno 2009, n. 69, che dopo le parole «nuovi mezzi di prova» aveva inserito «e non possono essere prodotti nuovi documenti» e dopo la parola «proporli» aveva inserito «o produrli», in altro non consiste se non in un superfluo, perché tardo, recepimento della citata decisione delle Sezioni Unite alla quale si era già adeguata ormai da tempo la giurisprudenza di merito, pare che della riformulazione in argomento del terzo comma dell'art. 345 c.p.c., comportante la soppressione del sindacato del giudice di appello sulla indispensabilità ai fini della decisione dei nuovi mezzi di prova e dei nuovi documenti, che nessuno aveva richiesto, non vi fosse francamente alcun bisogno. Ciò in quanto l'esperienza al riguardo accumulata vale a dimostrare che è stato frequente l'ingresso in appello dei *nova* indispensabili, anche se certamente più per i documenti che per le prove costituende, e che, escluso qualsiasi effetto ritardante la definizione del giudizio insito nell'ammissione di documenti nuovi, per essere siffatta statuizione demandata alla fase decisoria, come recentemente ritenuto anche dalla Cassazione (cfr. Cass. n. 23693 del 2011), il vero problema, quanto al profilo della dilatazione dei tempi del processo, era rappresentato per i casi, molto più rari, di espletamento di nuove prove testimoniali, da un'esasperata quanto ingiustificata esigenza di collegialità, problema più volte fatto presente e, comunque, ancora una volta pervenuto a soluzione, come si è detto, troppo tardi, allorché cioè con l'inopinata inversione di tendenza, di cui si tratta, è stato ormai inutile. È appena il caso di rimarcare che tale modifica, ripetersi non richiesta e inutile, appare potenzialmente idonea ad incrementare il contenzioso in tema di responsabilità professionale, là dove l'omessa deduzione di mezzi di prova e l'omessa produzione di documenti nel giudizio di primo grado dovesse risultare imputabile al difensore, responsabilità però temperata dal cambiamento delle regole, assurdamente, a giudizio di appello già instaurato nella vigenza del regime meno restrittivo.

La deroga alla regola dell'inammissibilità residua a seguito dell'intervento legislativo in discorso, consistente nella dimostrazione che la parte non ha potuto produrre i documenti o proporre i mezzi di prova nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile, prefigura una situazione

estremamente improbabile quanto all'accadimento ed estremamente difficoltosa quanto alla relativa dimostrazione, mentre pare scontato che nell'ambito di siffatta previsione rientri il caso della formazione successiva del documento.

L'appello regolato dall'art. 702 quater c.p.c., inserito dall'articolo 51, comma 1, della L. 18 giugno 2009, n. 69, avverso l'ordinanza emessa ai sensi del 6° comma dell'art. 702 ter non ha avuto applicazione presso la Prima Sezione Civile in ragione della già menzionata peculiare complessità delle materie demandate alla competenza tabellare della sezione medesima. Vengono, invece, in rilievo per la Prima Sezione Civile, unica tra le sezioni civili della Corte territoriale ad annoverare nella propria competenza tabellare tutte le cause demandate in unico grado alla cognizione del giudice di appello, le modifiche introdotte dal D.Lgs. 1 settembre 2011 n. 150, con le quali le controversie in materia di impugnazione dei provvedimenti disciplinari a carico dei notai (art. 26) e di attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri ai sensi dell'art. 67 della L. n. 218 del 1995 (art. 30), precedentemente trattate con il rito camerale, l'una a contraddittorio pieno e l'altra a contraddittorio differito, sono state assoggettate al rito sommario di cognizione, e in ordine alle controversie aventi ad oggetto l'opposizione ai provvedimenti in materia di riabilitazione del debitore protestato, già regolate anch'esse dal rito camerale, è stato previsto il rito del lavoro (art. 13).

Entrambe le anzidette opzioni legislative, ancora una volta non richieste e delle quali ancora una volta non è dato comprendere le ragioni, appaiono assolutamente non condivisibili. Il legislatore, infatti, mostra di ignorare che il rito camerale ha ben meritato e continua a funzionare in maniera eccellente, dal momento che fornisce una corsia preferenziale di celerità al riparo dalle affollatissime udienze del giudizio contenzioso, sicché riusciamo a tenere l'udienza di comparizione, tendenzialmente con le contestuali discussione e riserva a decisione, al più tardi a 60 giorni dal deposito del ricorso introduttivo, con il positivo effetto di estendere a tutto il camerale l'applicazione del termine acceleratorio previsto dall'art. 18 L.F., e parimenti il legislatore mostra di ignorare che con il decreto correttivo entrato in vigore nel gennaio 2008 è stato abbandonato il rito contenzioso ordinario per il procedimento di impugnazione della dichiarazione di fallimento e che si rivela un tragico errore l'impiego del rito del lavoro nelle ordinarie cause civili, poiché - come accade per le locazioni - espone soprattutto il relatore ad un'attività di studio della causa troppo spesso inutile, essendo frequente che per esigenze difensive e correlate prospettive transattive, le parti decidano di non comparire all'udienza di discussione. Non occorre essere pessimisti per prevedere che l'impugnazione del procedimento disciplinare a carico dei notai subirà un inevitabile rallentamento rispetto alla discussione in camera di consiglio, in esito alla quale veniva data immediata lettura del dispositivo della sentenza, soprattutto perché, pur versandosi, di regola, in un caso di controversia documentale, come tale non abbisognavole di istruzione probatoria, se i difensori delle parti non si accontentano di un mero simulacro di discussione si renderà necessario il differimento ad altra udienza nella quale programmare un adeguato spazio per la discussione.

Per le controversie in unico grado ex art. 67 del D.I.P. il risultato peggiorativo è addirittura *in re ipsa*, perché prima il provvedimento di accoglimento del ricorso era pronunciato *inaudita altera parte* ed il contraddittorio era demandato all'eventuale fase di opposizione.

Ancora meno condivisibili sarebbero le novità processuali in argomento ove esse si ponessero come momento di emergenza di una insensata tendenza legislativa volta ad eliminare il rito camerale, sostituendolo con il rito sommario di cognizione nei confronti del quale i più recenti interventi sul processo, come osservato in dottrina, hanno dimostrato un indubbio *favor*: molte sono, invero, le materie demandate al rito camerale, esemplificativamente, dai reclami in materia di procedure concorsuali, ai procedimenti cautelari in grado di appello, al reclamo avverso i provvedimenti ex art. 2409 cod. civ., al procedimento in unico grado per la delibazione delle sentenze ecclesiastiche su ricorso congiunto delle parti (sottratte al regime di diritto internazionale privato in quanto regolate dal Concordato Lateranense e dal relativo Accordo di modificazione, intervenuto tra Santa Sede e Repubblica Italiana il 18 febbraio 1984), al procedimento in unico grado di opposizione alle delibere CONSOB in tema di applicazione di sanzioni a seguito della legge comunitaria n. 62 del 2005 di modifica al T.U.F. (D.Lgs. n. 58 del 1998), ai reclami avverso i provvedimenti del Conservatore in materia di ipoteche e contro il decreto di esecutività del lodo arbitrale.

Altrettante perplessità suscita la disposizione, di cui all'art. 29 del D.Lgs. n. 150 del 2011, con la quale per le controversie in materia di opposizione alla stima nelle espropriazioni per pubblica utilità al rito contenzioso ordinario è stato sostituito il rito sommario di cognizione: basti pensare che si verte in una materia nella quale non è dato prescindere dalla consulenza tecnica d'ufficio, essendo necessario quantomeno individuare lo strumento urbanistico vigente al momento dell'imposizione del vincolo ablatorio, l'effettiva consistenza delle aree interessate dall'esproprio ed il relativo valore venale, ove possibile, secondo il metodo sintetico-comparativo e che per la profonda specializzazione di tale materia la privazione degli atti defensionali finali, momento tipico per la necessaria articolazione dello sviluppo della dialettica sull'elaborato tecnico d'ufficio, non rinviene affatto un adeguato equipollente nella oralità della discussione.

Le considerazioni che precedono inducono a reputare gli strumenti approntati dal legislatore del tutto incongrui rispetto alla finalità deflattiva del contenzioso e, conseguentemente, a consentire lo smaltimento dell'arretrato, sicché il problema rimane inalterato.

Anche agli interventi di cui parliamo oggi è sotteso l'approccio fuorviante, che, presupponendo che il male sia nel processo civile, legittima il legislatore, in una rigorosa e costante ottica di costo zero e di mancata razionalizzazione delle risorse, ad interventi sul rito, rivelatisi, nel migliore dei casi, inutili.

Se guardiamo il nostro ambito territoriale, nel periodo 1/7/2011-30/6/2012, il totale delle sentenze pubblicate dalla Prima Sezione Civile, composta da quattro magistrati, è stato di n. 591, di cui n. 534 per il contenzioso civile ordinario e n. 57 per la volontaria giurisdizione; la durata media si è attestata in tre anni per i procedimenti di contenzioso ci-

vile ordinario e in giorni da 64 a 121 per i procedimenti di giurisdizione volontaria; il dato complessivo relativo ai procedimenti sopravvenuti nel periodo in oggetto ed al totale delle definizioni, comprensivo delle sentenze e di altre modalità, evidenzia il completo smaltimento delle sopravvenienze e l'incidenza sull'arretrato.

Tuttavia, questo sforzo, che, alla stregua del risultato di tutte le tre sezioni civili e della sezione lavoro, è valso a collocare la Corte genovese tra le quattro Corti più virtuose, lascia impregiudicata la consistenza delle pendenze.

Per poter esprimere una prospettiva propositiva si deve premettere che i dati ufficiali sull'applicazione dello strumento alternativo di cui all'istituto della mediazione nel periodo marzo-settembre 2011 relativi al nostro Distretto, contenuti nella Relazione del Presidente della Corte di Appello di Genova per l'inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2012, non sono stati confortanti, avendo evidenziato che nel periodo quasi annuale di operatività dell'istituto sono stati iscritti n. 813 procedimenti e ne sono stati definiti n. 455, dei quali il 70,9% per la mancata comparizione dell'aderente, il 13,0% per la comparizione dell'aderente ed il raggiungimento dell'accordo ed il 16,2% per la comparizione dell'aderente senza il raggiungimento di un accordo.

L'unico intervento legislativo di indubbia efficacia è stata la modifica dell'art. 616 c.p.c. attuata per il tramite della inappellabilità delle sentenze in materia di opposizione all'esecuzione, vigente nel periodo dal 1° marzo 2006 al 4 luglio 2009, momento in cui tale disposizione è stata insensatamente abrogata nonostante l'evidente razionalizzazione del sistema, posto che il titolo esecutivo, nel prevalente numero dei casi di formazione giudiziale, sovente è già la risultante di tre gradi di giudizio.

Si nota in sede di assegnazione delle nuove cause il cospicuo numero di procedimenti in materia di appalti privati di valore non superiore ai 3.000,00 euro, valendo la medesima considerazione per gli appelli aventi ad oggetto esclusivamente il capo della sentenza relativo alle spese, e che siffatte impugnazioni sovente aprono la strada, nel primo caso, ad attività istruttorie non brevi e, comunque, costose per l'espletamento di consulenze tecniche d'ufficio e, nel secondo caso, ad impegnative motivazioni per l'accertamento della soccombenza virtuale, qualora, come spesso accade, sia contestata la compensazione delle spese del giudizio.

Ci si è, dunque, persuasi che nella presente situazione non siamo in grado di permetterci di assecondare una sfrenata micro-litigiosità, stroncata, invece, in altri ordinamenti europei, come la Germania e la Francia, ove sono stati posti all'appellabilità delle sentenze limiti di soglia, quanto al valore, anche elevati.

Appare questo il punto sul quale è auspicabile una riflessione volta a realizzare un effetto seriamente deflattivo del contenzioso in appello.

*La disciplina applicabile
ai rapporti economici internazionali:
verso una unitaria funzione dell'autonomia
privata in senso sostanziale
e internazionalprivatistico**

Sergio Maria Carbone

Professore Ordinario nell'Università di Genova

Sommario: 1. *Le potenzialità normative dell'autonomia privata nella determinazione degli assetti economici sottesi ai rapporti contrattuali internazionali.* 2. *La funzione "materiale" propria dell'autonomia privata internazionalprivatistica: idoneità del meccanismo conflittuale a favorire l'interesse di entrambi i contraenti* - 3. *La soddisfazione di interessi materiali "meritevoli di tutela" quale unico limite al valido esercizio dell'autonomia privata in senso internazionalprivatistico* - 4. *Segue: l'inquadramento del contratto internazionale all'interno del sistema ordinamentale configurato dalle parti quale fondamento della sua legittimazione giuridica e argomento di confutazione della teoria del "contrat sans loi".* - 5. *L'esercizio dell'autonomia privata e l'esigenza del contemperamento dei suoi effetti con gli interessi statali tutelati dalle norme di ordine pubblico e di applicazione necessaria.* - 6. *Segue: criteri e ragioni giustificative per un equo bilanciamento tra l'esercizio dell'autonomia privata e la protezione degli interessi pubblicistici degli Stati.* - 7. *L'autonomia privata come criterio di collegamento idoneo ad ampliare l'ambito di applicazione del diritto uniforme.* - 8. *La scelta dei principi transnazionali relativi al commercio internazionale quale disciplina applicabile al contratto internazionale: il rapporto tra l'autonomia privata e la c.d. lex mercatoria.* - 9. *Conclusioni. La progressiva tendenza all'identificazione funzionale dell'autonomia privata internazionalprivatistica con quella sostanziale e la riduzione della centralità della normativa statale quale disciplina applicabile ai contratti internazionali.*

1. Le potenzialità normative dell'autonomia privata nella determinazione degli assetti economici sottesi ai rapporti contrattuali internazionali.

Nei rapporti relativi agli scambi e/o alla collaborazione internazionale l'autonomia privata, attraverso tutte le sue modalità espressive, rileva, con particolare intensità, al fine di definire esattamente i contenuti normativi dei corrispondenti rapporti contrattuali. Si constata, quindi, in tale contesto che l'autonomia privata consente di inquadrare i rapporti in questione secondo modalità che legittimano e valorizzano la forza obbligatoria e la portata della proprietà normativa da essa espressa, anche con indicazione di tecniche per integrare eventuali lacune. In quest'ottica, sono le stesse caratteristiche economiche delle operazioni alla base di tali rapporti contrattuali che concorrono a determinarne compiutamente la disciplina consentendo di formalizzare l'operazione voluta dalle parti in termini giuridici e realizzando, così, la massima capacità espansiva di cui l'autonomia privata è dotata.

Il contratto internazionale, peraltro, come innanzi accennato, realizza tale potenzialità espansiva dell'autonomia privata proprio in quanto collocato in un contesto internazionale; in un contesto, cioè, privo - da un punto di vista giuridico - di un ordinamento corrispondente ai suoi caratteri socio-economici oltretutto di una specifica disciplina unitaria, coerente

ed adeguata alle particolari caratteristiche internazionali dell'operazione ad esso volta a volta sottesa. Tanto che, per tali ragioni, il contratto internazionale ha addirittura messo in discussione il tradizionale rapporto tra autonomia privata ed ordinamento giuridico, non risultando affatto evidente, proprio con riferimento alle operazioni internazionali, che l'autonomia privata, per produrre gli effetti voluti dalle parti, debba essere necessariamente ricondotta in termini assoluti ed esclusivi ad un ordinamento statale nel quale possa trovare legittimazione, integrazione e riconoscimento la proprietà normativa di cui essa è altrimenti carente.

Ma proprio tale esigenza ha evidenziato come si possa giustificare e formalizzare in termini unitari e coerenti l'operazione espressa da un contratto internazionale soltanto se inquadrata nell'ambito del sistema normativo più idoneo rispetto alle caratteristiche economiche dell'operazione e, pertanto, anzitutto, nel sistema normativo a tal fine voluto dalle parti. Nessuno stupore, quindi, se si sono giustificate in termini giuridici la legittimazione e l'integrazione del contratto internazionale attraverso le determinazioni al riguardo espresse, anche implicitamente, dalla volontà dei contraenti.

Solo in quest'ultima prospettiva, infatti, sono adeguatamente valorizzate sia le caratteristiche, e la volontà delle parti, relative all'operazione di cui il contratto costituisce la formalizzazione, sia le giustificazioni economiche che ne costituiscono il fondamento. È, infatti, consentendo alle parti di inquadrare il loro rapporto contrattuale nell'ambito del sistema normativo da esse giudicato più adeguato ai fini ora indicati (e, pertanto, di avvalersi delle più idonee disposizioni di legge al riguardo rilevanti nella prospettiva dei contraenti), che è possibile consentire loro di far attribuire "forza di legge" alla loro disciplina contrattuale e di integrare la loro volontà correggendo la portata e gli effetti allorché ne ricorrano i presupposti.

Non stupisce, pertanto, di riscontrare un ampio riconoscimento normativo, e condivisione dottrinale, delle specifiche soluzioni ormai pressoché universalmente adottate in virtù delle quali si precisa e viene codificato in termini inequivoci che anche la validità e gli effetti della c.d. scelta dell'ordinamento giuridico, attraverso il quale legittimare il valore vincolante delle indicazioni espresse dall'autonomia privata nella direzione voluta dalle parti (e la relativa proprietà dispositiva), devono essere valutati sulla scorta dello stesso ordinamento indicato dai soggetti contraenti. Tale ordinamento, in breve, è unanimemente considerato il più adeguato a fornire la legittimazione ed, al tempo stesso, a consentire di valutare la validità e gli effetti della volontà delle parti. Adeguata che, ovviamente, si estende anche alle relative determinazioni contrattuali e alla compiuta regolamentazione della disciplina dell'operazione economica nella "sede" e nella configurazione ritenute più idonee, dalle stesse parti, a perseguire il comune interesse alla base dell'accordo.

Ne risulta, quindi, che l'*optio legis* consente di individuare un ordinamento in grado di legittimare, giustificare e conferire gli effetti giuridici delle scelte in tal senso operate dalla volontà espressa dalle parti, sia attraverso la clausola a questo specifico riguardo da esse adottata sia attraverso i contenuti del loro regolamento negoziale. Ma non soltanto. L'*optio legis*, infatti, è altresì specificamente idonea ad indicare l'ordinamento in virtù del quale regolare aspetti del rapporto contrattuale con riferimento ai quali le relative clausole non esprimono specifici e/o adeguati enunciati normativi. Tanto che, a quest'ultimo proposito, si riscontra come sulla valenza normativa del contratto internazionale rilevano, attraverso le scelte di diritto internazionale privato operate dai contraenti,

* Il presente scritto è destinato alla pubblicazione nel *Liber amicorum* in onore di Giorgio De Nova.

anche più sistemi ordinamentali, volta a volta indicati dai contraenti, a proposito delle diverse situazioni che concorrono a formare la complessa operazione che è posta alla base del loro pur unitario rapporto contrattuale. Infatti, come già chiaramente espresso dall'art. 3 della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile ai rapporti contrattuali (e confermato anche nel Regolamento c.d. Roma I), la ricostruzione della disciplina contrattuale di un'operazione economica internazionale può essere determinata attraverso l'impiego di più ordinamenti giuridici e, pertanto, attraverso regole enunciate da più "leggi" secondo le scelte operate al riguardo dalle parti contraenti. Pluralità di leggi e regole risultano così utilizzabili nel perseguire l'obiettivo voluto dalle parti soprattutto allorché vari tipi contrattuali o varie fasi di esecuzione del rapporto contrattuale concorrono a fornirne la configurazione unitaria.

2. La funzione "materiale" propria dell'autonomia privata internazionalprivatistica: idoneità del meccanismo conflittuale a favorire l'interesse di entrambi i contraenti. Già questi profili indicano che, essendo il contratto sottoposto ad una o più leggi.

Già questi profili indicano che, essendo il contratto sottoposto ad una o più leggi secondo la volontà delle parti, in realtà la sottostante operazione economica ed il suo assetto normativo voluto dalle parti producono i loro effetti in quanto legittimati, inquadrati ed efficaci, con le eventuali ed adeguate integrazioni, in base all'ordinamento e/o alle "leggi" di cui alle determinazioni delle stesse parti. Si tratta, allora, del riconoscimento degli effetti normativi provenienti da diverse fonti in coerenza con i valori e gli obiettivi propri dell'operazione economica voluta dalle parti, che in tal modo ottengono riconoscimento, garanzia coercitiva e tutela processuale in ogni ordinamento statale.

È ben vero che legittimare "fattispecie sorte alla stregua di un ordinamento straniero" ed operarne la conseguente applicazione o "riconoscere qualsiasi realtà giuridica creata da ordinamenti di Stati esteri" produce sempre lo stesso risultato, facendo sì che "leggi straniere abbiano effetto" nell'ambito dell'ordinamento giuridico del foro.

Ma è altrettanto vero che la descrizione dell'operatività di una o più leggi rispetto ad un determinato rapporto contrattuale, in termini di "riconoscimento" dei loro effetti previsti da un ordinamento straniero, descrive meglio il ruolo assegnato all'autonomia privata e la sua relazione con l'ordinamento o le varie leggi ad esso applicabili. In particolare, tra l'altro, in tal modo si supera l'*impasse* del circolo vizioso che provoca l'affermazione secondo la quale il contratto si fonda su una *lex contractus* che a sua volta si fonda su un accordo di scelta previsto dalle norme di diritto internazionale privato del foro, ma al contempo concretamente operante soltanto se valido e legittimato da quella stessa *lex contractus* che, come già accennato, ne giustifica l'applicazione.

Tanto più che, secondo l'impostazione comunemente accolta, le norme di diritto internazionale privato, di per sé, proprio in quanto strumentali, non possono costituire fondamento della validità e dell'obbligatorietà del contratto né, a maggior ragione, delle clausole di scelta della legge applicabile in esso prevista. Anzi, al riguardo si è autorevolmente osservato che l'autonomia internazionalprivatistica non può addirittura intervenire "per il regolamento di questioni contemplate da norme imperative perché queste comandano ai rispettivi destinatari e quindi non dipendono per la loro efficacia da una specie di investitura da parte di questi" e neppure "per il regolamento di questioni contemplate da norme facoltative perché il potere dei destinatari di accettarle

e di sostituirle con regole diverse non deriva dal sistema di diritto internazionale privato, bensì dal sistema di diritto privato che nel caso specifico (ipotetico o reale) è già investito della competenza a regolare il rapporto o quel suo aspetto particolare" (per tutti R. De Nova). Pertanto, secondo le comuni indicazioni della dottrina "*where there is a choice of the applicable law, no law can be said to be applicable until the contract is found to be valid*".

D'altro canto, l'enfasi posta sul riconoscimento degli effetti della scelta della/e legge/i formulata dalle parti e la prospettiva che ne consegue consente di mettere maggiormente in rilievo la funzione materiale svolta, ed a mio avviso specificamente voluta, dalle norme di diritto internazionale privato allorché privilegiano la legge scelta dalle parti rispetto alle altre potenzialmente applicabili per la disciplina dei contratti. Si evidenzia, infatti, come, in tal modo, l'adozione del meccanismo conflittuale operi nella direzione di valorizzare nella massima misura possibile l'intento pratico perseguito dalle parti e l'effetto materiale da esse voluto in occasione della conclusione del contratto.

In questo senso, contrariamente a quanto osservato da una parte della dottrina, sembra logico ritenere che, attraverso la scelta della legge applicabile, si sia inteso favorire l'interesse materiale di entrambe le parti. Né vi sono motivi per ritenere la scelta di legge attribuita ad entrambe le parti di un rapporto incompatibile con qualsiasi criterio materiale, non potendo essere un mezzo utilizzato dal legislatore per perseguire una politica materiale. Sembrano, invero, assai poco convincenti gli argomenti invocati al riguardo allorché si è osservato che la scelta della legge, proprio in quanto è affidata alle parti, è "inadatta ad una politica di *favor* oggettivo". E, del resto, altrettanto poco convincente è il rilievo in virtù del quale la scelta della legge applicabile non può perseguire una politica di *favor* soggettivo in quanto si esclude che il legislatore riesca contemporaneamente a favorire entrambe le parti del contratto, l'una nei confronti dell'altra.

In realtà, al contrario, proprio il significato e la portata innanzi indicati dell'impiego dell'autonomia internazionalprivatistica pongono nell'esatta luce i profili relativi alla sua reale funzione materiale; e cioè, non già quale tecnica rivolta ad esprimere la volontà delle parti nell'indicare espressamente soltanto il legame più stretto del rapporto contrattuale con lo Stato della condivisa sede di esecuzione delle prestazioni oggetto della fattispecie negoziale e/o la sua migliore localizzazione. Si tratta, invece, di tecnica rivolta a consentire, nell'interesse di entrambe le parti, di perseguire le finalità (e di ottenere, nella massima misura possibile, la produzione degli effetti) di carattere materiale del contratto internazionale secondo le ragioni economiche che le parti hanno posto alla base dell'operazione di cui esso costituisce la formalizzazione in termini giuridici. Finalità ed effetti che, attraverso l'impiego dell'autonomia privata in senso internazionalistico, sono condivisi dalla *lex fori* volta a volta rilevante come componenti di una specifica scelta politica di tutela di interessi materiali che, come meglio precisato in appresso, da un lato, riconosce agli scambi, all'iniziativa economica ed al contratto, la funzione di assicurare alle parti vantaggi maggiori delle perdite e, dall'altro, permette la massima efficienza e funzionalità al sistema economico, garantendo razionalità ai risultati in tal modo conseguiti, di cui è importante che l'intero ordinamento possa giovare.

3. La soddisfazione di interessi materiali "meritevoli di tutela" quale unico limite al valido esercizio dell'autonomia privata in senso internazionalprivatistico.

Naturalmente, perché tali finalità ed effetti, in quanto validamente assunti sulla scorta della loro legittimazione e del

loro inquadramento nell'ambito dell'ordinamento giuridico voluto dalle parti, possano essere riconosciuti nella prospettiva della tutela degli interessi materiali innanzi indicati, sarà necessario che siano espressione di un "interesse meritevole di tutela". Pertanto, essi, anzitutto, non devono esprimere un intento fraudolento né essere contrari a principi dell'ordine pubblico dell'ordinamento del foro e/o risultare incompatibili rispetto all'operatività di norme di applicazione necessaria della *lex fori* o di altri ordinamenti con i quali "la situazione presenti uno stretto legame", tenuto conto della loro natura e del loro oggetto.

Si tratta, quindi, di qualificare l'impiego del criterio di collegamento costituito dalla scelta della legge applicabile al contratto non già in quanto funzionale rispetto al tradizionale metodo internazionalprivatistico della localizzazione spaziale della fattispecie, bensì in quanto idoneo ad indicare l'ordinamento giuridico che meglio di altri si legittima ad inquadrare ed a disciplinare gli effetti del contratto sulla scorta della volontà espressa dalle parti, in funzione del loro intento negoziale oltretutto delle caratteristiche tipologiche e degli obiettivi dell'operazione economica da esse voluta. Considerazioni, queste ultime che, tra l'altro, giustificano anche le ragioni in virtù delle quali si privilegia l'applicazione di tale ordinamento rispetto ad altri, che pur sarebbero applicabili al rapporto contrattuale in funzione dei criteri di collegamento che lo localizzano nel loro ambito. Ed al tempo stesso si pone in rilievo come l'esercizio dell'autonomia privata in senso internazionalprivatistico non possa avere giustificazioni, caratteri e funzioni sostanzialmente diversi da quelli propri dell'esercizio dell'autonomia privata in senso sostanziale.

Anzitutto, dal punto di vista economico, come già accennato, il "decentramento normativo" che in tal modo viene operato a favore del riconoscimento degli effetti voluti dalla volontà delle parti si fonda sulla tutela degli interessi individuali e sulla ricerca di risultati efficienti considerati meritevoli di tutela perché riduttivi di costi sociali e portatori di valore aggiunto di cui le intere comunità, nell'ambito delle quali tali rapporti incidono, sono in grado di giovare. Tanto che si è correttamente posto in rilievo come l'inadempimento dei rapporti contrattuali secondo la configurazione e la *ratio* volute dalle parti non provoca un danno soltanto nei confronti della parte adempiente, ma è considerato anche come produttivo di un "costo sociale" che, pertanto, non incide unicamente sulla posizione economica delle parti.

Inoltre, sotto il profilo della "meritevolezza" dell'interesse realizzato dalle parti attraverso l'esercizio dell'autonomia privata in senso sostanziale alla base della conclusione del rapporto contrattuale e l'esercizio dell'autonomia privata nella scelta della legge ad esso applicabile, la valutazione che ne è operata è tendenzialmente la stessa. Tanto che il loro esercizio, solo se congiunto ed attuato secondo criteri coerenti, consente di ottenere i risultati voluti dalle parti attraverso l'operazione economica di cui il contratto è espressione. In particolare, sotto quest'ultimo profilo, la meritevolezza di interessi ai duplici fini innanzi indicati è soprattutto evidente allorché la scelta della legge applicabile è espressa nel senso di adottare modelli estranei all'esperienza nazionale della *lex fori* in quanto consente di realizzare una maggiore efficienza economica, non contrastante con principi di ordine pubblico "internazionale" o con norme di applicazione necessaria della *lex fori* o di altri ordinamenti senza sottendere alcun intento fraudolento. Ed è significativo segnalare a questo proposito, a conferma di quanto innanzi indicato, come l'esperienza in tal modo maturata relativa-

mente ad alcuni "tipi" di obbligazioni contrattuali (ad esempio, a proposito del *trust*, dei vari tipi di *bond* ecc.) dimostri che essi, riconosciuti inizialmente meritevoli di tutela soltanto in quanto relativi a rapporti internazionali regolati da una legge straniera scelta dalle parti in funzione delle caratteristiche dell'operazione da esse voluta, si sono progressivamente affermati, dopo alcune resistenze, anche come espressione dell'autonomia privata sostanziale con riguardo a rapporti privi di elementi di internazionalità.

Infine, l'autonomia privata sia sostanziale sia internazionalprivatistica si caratterizzano per la comune esigenza di dover essere inquadrate nell'ambito di un sistema normativo nel quale, tra l'altro, verificare l'esistenza di un regolare procedimento formativo del consenso ed affondare le proprie radici giuridiche, con conseguente legittimazione dell'operazione economica e dei suoi effetti, di cui il contratto non è che la formalizzazione giuridica. In altri termini, in entrambi i casi, è l'inquadramento dell'autonomia privata sostanziale e di quella internazionalprivatistica in un sistema ordinamentale giuridico che consente di verificarne la regolarità oltretutto la compiutezza del relativo procedimento formativo: di giustificare cioè il suo valore vincolante e la sua proprietà normativa, consentendo al tempo stesso un inquadramento giuridico idoneo ad individuarne e ad integrarne la disciplina in coerenza con gli obiettivi e le caratteristiche economiche dell'operazione voluta dalle parti e sottesa al contratto. Ed in tal senso rilevano, nel significato di cui al precedente par. 2, sia la *lex fori* sia la *lex causae*.

4. Segue: l'inquadramento del contratto internazionale all'interno del sistema ordinamentale configurato dalle parti quale fondamento della sua legittimazione giuridica e argomento di confutazione della teoria del "contrat sans loi".

In questa prospettiva, si rivela la fittizietà dell'impostazione che definisce in termini di "localizzazione" del contratto la determinazione della sua disciplina in virtù della volontaria scelta, operata dalle parti contraenti, delle norme che lo regolano. Non si tratta, infatti, di scelta rivolta ad individuare la "sede" del rapporto nell'ambito dell'ordinamento con il quale i vari aspetti che caratterizzano il contratto e la sua esecuzione presentano i collegamenti più stretti sotto il profilo della loro collocazione spaziale. E non si tratta neppure di una scelta che si può giustificare in virtù della sola forza normativa di cui è dotata l'autonomia privata tanto da consentirle addirittura di non operare un inquadramento del contratto in un sistema ordinamentale, in adesione a quelle impostazioni che legittimano l'esercizio dell'autonomia privata nei contratti internazionali sino a configurare veri e propri "contrats sans loi".

In realtà, il "contrat sans loi" rappresenta, in termini internazionalprivatistici, soltanto la visione di una volontà che ha in sé stessa (*solus consensus obligat*), indipendentemente dal concorso di qualsivoglia altro elemento, la forza di modificare e modellare i rapporti giuridici in quanto dotata di un vero e proprio potere creatore della realtà giuridica e, pertanto, in grado di legittimare lo stesso potere di autoobbligarsi. Ma, secondo le precisazioni innanzi indicate, risulta chiaramente che la stessa proprietà normativa di cui il contratto è espressione non può legittimarsi e compiutamente realizzarsi se non all'interno di un sistema ordinamentale che permette, tra l'altro, di verificarne la validità e di integrarne i contenuti anche allorché ciò si riveli necessario nella stessa ottica voluta dalle parti. Il "contrat sans loi" risulta allora sol-

tanto una teoria rivolta ad esasperare le potenzialità normative dell'esercizio dell'autonomia privata che, anche sotto questo profilo, indica gli stessi eccessi comuni alla definizione dei caratteri dell'autonomia privata sostanziale e di quella internazionalprivatistica.

È ben vero che, a fronte delle inevitabili incompletezze del contratto, alcune recenti impostazioni, privilegiate dall'analisi economica del diritto, pongono in rilievo la sufficienza e l'adeguatezza, anche ai fini ora indicati, della funzione integrativa svolta dalle c.d. *default rules*, per lo più di origine giurisprudenziale, quando non, addirittura, legate alla prassi del commercio internazionale.

Ma è altrettanto vero che, ad esempio, come già accennato, lo stesso procedimento di formazione dell'accordo alla base del contratto internazionale e della scelta della disciplina ad esso applicabile è un "fatto qualificato da norme", che esclude la possibilità di considerarlo come fattispecie naturalisticamente assunta. Tale fattispecie, quindi, implica quanto meno una qualificazione ed un inquadramento giuridico riconducibile ai modelli formativi del consenso con riferimento ai quali è essenziale ed imprescindibile la costruzione e traduzione in regole di uno specifico sistema normativo. L'autonomia delle parti o dell'interprete, in altri termini, non può definire la configurazione della condotta formativa di un contratto internazionale se non trova, direttamente o indirettamente, il suo fondamento in un consenso legittimato da un procedimento legalmente definito. Tanto più che l'esigenza dell'inquadramento e della legittimazione giuridica del rapporto contrattuale nell'ambito di un sistema ordinamentale, in cui le parti stesse si trovano a comporre una controversia ad esso relativa e nel quale si sono volontariamente collocate attraverso il rinvio ad esso, consente di rilevare che il contratto internazionale, e l'operazione economica ad esso sottesa, ha una valenza ed una proprietà normativa che non si esaurisce nelle sole clausole e nella disciplina espresse nelle regole contrattuali. In questo senso, le caratteristiche dell'operazione economica voluta dalle parti ed il suo inquadramento all'interno di un sistema ordinamentale costituiscono congiuntamente non solo presupposto di legittimazione, ma anche fonte di completamento della regolamentazione dei contratti internazionali (alla stessa stregua di quanto si verifica per i contratti privi di elementi di estraneità), in grado di integrare e produrre regole ulteriori rispetto a quelle direttamente espresse dalle parti nelle clausole contrattuali.

5. L'esercizio dell'autonomia privata e l'esigenza del contemperamento dei suoi effetti con gli interessi statali tutelati dalle norme di ordine pubblico e di applicazione necessaria.

Peraltro, queste ultime osservazioni escludono che si possa ritenere che la scelta, da parte degli stessi soggetti interessati, della disciplina e/o delle leggi applicabili ad un contratto "si limiti a realizzare in realtà una recezione negoziale" dei relativi contenuti normativi. È ben vero che, attraverso le normative designate dalle parti quali applicabili, è possibile ottenere una configurazione ed un completamento del rapporto contrattuale funzionale a quanto da esse voluto. Tanto che, come già accennato, soprattutto attraverso la facoltà concessa ai contraenti di sottoporre il contratto in qualsiasi momento anche a leggi diverse da quanto originariamente previsto, oppure attraverso la parcellizzazione della sua disciplina in virtù della tecnica del *dépeçage*, le parti sono addirittura in grado di indicare vari ordinamenti al riguardo applicabili scegliendo, tra essi, le norme volta a volta più idonee ad integrare e legittimare il rapporto

contrattuale o singole parti di esso secondo criteri coerenti con il loro intento negoziale. E proprio in tale prospettiva, si può addirittura provocatoriamente osservare che, in tal modo, gli ordinamenti statali si offrono in concorrenza tra loro per realizzare nel migliore dei modi la volontà dei contraenti in funzione del perseguimento del loro intento negoziale.

Ma è altrettanto innegabile che la scelta dei contraenti della disciplina applicabile al rapporto contrattuale e/o a parte di esso non comporta in alcun modo la "preminenza" della volontà delle parti rispetto all'ordinamento nell'ambito del quale, in virtù delle norme di diritto internazionale privato, sono riconosciuti gli effetti di tale scelta. Tanto è vero che la volontà delle parti opera pur sempre nell'ambito di ordinamenti giuridici, dovendo essere collocata sia nell'ordinamento giuridico designato da cui trarre la sua legittimazione sia in quello di cui le parti intendono giovarsi del suo inquadramento normativo, sia in quello all'interno del quale sono riconosciuti gli effetti ora indicati e deve essere ricondotta la relativa disciplina. In ogni caso, gli effetti conseguenti alle determinazioni internazionalprivatistiche delle parti subiscono l'operatività delle norme imperative dell'ordinamento designato ed utilizzano le sue relative proprietà normative anche al fine di integrare la stessa disciplina contrattuale. Ma non soltanto. La scelta della disciplina applicabile e gli indicati effetti di tale scelta, proprio perché avvengono attraverso il meccanismo delle tecniche internazionalprivatistiche, possono vedersi preclusa la loro operatività qualora essi si pongano in contrasto con principi di ordine pubblico "internazionale" e/o con norme di applicazione necessaria della *lex fori* o di qualsiasi altro ordinamento con il quale la situazione regolata presenta uno stretto legame, tenuto conto della loro natura e del loro oggetto e soprattutto allorché i relativi effetti devono verificarsi in tali ordinamenti.

In particolare, pertanto, non è vero che attraverso le tecniche internazionalprivatistiche le parti sono libere di escludere, e pertanto di prevalere su, qualsiasi norma ritenuta non conforme al loro interesse in funzione delle caratteristiche dell'operazione contrattuale da esse voluta. In realtà, quanto innanzi accennato ha trovato una chiara codificazione nel Regolamento Roma I, nelle regole adottate dalla Conferenza di diritto internazionale privato e nei Principi Unidroit relativi ai contratti internazionali oltretché una continua conferma nella stessa prassi arbitrale, anche nei casi in cui si è manifestata ampiamente aperta a riconoscere il valore e gli effetti dell'autonomia privata, con particolare riguardo alla sua portata internazionalprivatistica. Si è rilevato, infatti, a quest'ultimo proposito, che, parallelamente all'"*élargissement de la sphère de l'arbitrabilité*" e della conseguente autonomia privata internazionalprivatistica e sostanziale, è andata delineandosi una tendenza generalizzata "à prendre en compte les lois de police et à les appliquer de manière consciencieuse sur la base de critères aptes à apprivoiser les exigences des Etats". Tale circostanza è tanto più significativa se si tiene conto che, in funzione delle modalità e dei criteri di funzionamento del c.d. arbitrato commerciale internazionale, non esiste una vera e propria *lex fori* da cui gli arbitri traggono il potere relativo all'esercizio della loro funzione giurisdizionale. Pertanto, in mancanza di essa, non esistono vere e proprie norme di applicazione necessaria della *lex fori* o di ordinamenti "terzi", trovandosi tutte sullo stesso piano rispetto alla loro esigenza di essere soddisfatte ed applicate da parte degli arbitri in occasione dell'inquadramento normativo e delle necessarie integrazioni del rapporto contrattuale sottoposto al loro giudizio oltretché della verifica della non contrarietà dei suoi effetti a norme di applicazione necessaria o a principi di ordine pubblico internazionale.

6. Segue: criteri e ragioni giustificative per un equo bilanciamento tra l'esercizio dell'autonomia privata e la protezione degli interessi pubblicistici degli Stati.

Risulta, quindi, come già accennato, in ogni caso possibile, a prescindere dalla disciplina indicata dalle parti contraenti, dalla loro scelta della *lex causae* e dall'inquadramento dell'operazione contrattuale in tale ambito, l'applicazione e l'operatività di norme in vigore negli ordinamenti degli Stati con i quali il rapporto contrattuale presenti uno stretto legame allorché e nella misura in cui, secondo il diritto di questi Stati, le norme ad essi appartenenti siano applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto. In questo modo, si tiene conto della circostanza che il successo di ogni operazione contrattuale ed i suoi contenuti normativi non possono prescindere dagli atteggiamenti degli Stati ai quali le parti contraenti appartengono e/o in cui si trovano ad operare, anche se le loro volontà ne rimangono i punti di riferimento insostituibili. In particolare, così, anche le esigenze fondamentali degli ordinamenti a vario titolo collegati con il contratto vengono salvaguardate con intensità sempre più accentuata proprio nel momento storico in cui si constata la massima espansione dell'autonomia privata. Si realizza, così, un'equilibrata composizione della tutela di tali esigenze con le garanzie offerte all'esercizio dell'autonomia privata. La logica efficientistica dell'iniziativa economica viene, in tal modo, adeguatamente condizionata anche dalla soddisfazione delle esigenze sociali e dalla tutela degli interessi pubblicistici degli Stati allorché gli esiti cui perviene la prima nel modellare i contenuti dei rapporti contrattuali non ne tenga debitamente conto.

Si deve, peraltro, trattare, proprio in questa prospettiva, di norme (a) che presentano un vincolo effettivo con l'insieme del contratto evitando, così, l'applicazione di norme imprevedibili per le parti, (b) che si caratterizzano non solo come imperative nell'ordinamento di cui fanno parte, ma anche dotate dell'ulteriore caratteristica di essere "norme di applicazione necessaria" (e cioè norme "applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto"). Inoltre, si dovrà verificarne la compatibilità con altre norme dello stesso tipo, appartenenti ad altri ordinamenti ed eventualmente con esse confliggenti, oltretutto, naturalmente, con i principi e le *polices* della *lex causae* e della *lex fori*.

Si garantisce, così, che gli incentivi del mercato alle scelte individuali liberamente determinate dai soggetti contraenti siano anche coerenti con la tutela degli interessi pubblicistici rivolti, in particolare, a garantire un più elevato benessere sociale ed equi obiettivi distributivi. In questo senso, quindi, non sembra condivisibile la posizione di quella parte della dottrina che ritiene doversi garantire l'operatività delle norme di applicazione necessaria previste da una legge diversa dalla disciplina scelta dalle parti soltanto nei limiti in cui esse svolgono una "micro-funzione" interna all'equilibrio ed alla portata del rapporto contrattuale tutelando specificamente gli interessi delle parti in causa.

7. L'autonomia privata come criterio di collegamento idoneo ad ampliare l'ambito di applicazione del diritto uniforme.

La prospettiva innanzi indicata sembra riconoscere una unitaria funzione comune all'esercizio dell'autonomia privata intesa in senso sostanziale ed all'autonomia privata nella sua portata internazionalprivatistica, con effetti che consentono di valorizzare e di meglio definire la portata di alcune manifestazioni dell'autonomia privata relativa ai rapporti con-

trattuali internazionali difficilmente riconducibili nell'una o nell'altra categoria.

Tra esse, anzitutto, nessun residuo dubbio o incertezza in merito alla legittimità ed al riconoscimento degli effetti di quelle manifestazioni di volontà rivolte ad inquadrare ed a far disciplinare un determinato rapporto contrattuale nell'ambito di una normativa di diritto uniforme secondo le indicazioni delle specifiche disposizioni riscontrabili direttamente nel loro ambito. Si rafforza e si giustifica, in tal modo, la pratica sempre più ricorrente delle convenzioni internazionali di diritto uniforme di riconoscere all'autonomia privata l'idoneità a costituire criterio di collegamento adeguato e sufficiente a giustificare l'applicazione a prescindere dalla contestuale presenza di criteri di collegamento oggettivi e/o soggettivi con il rapporto contrattuale disciplinato dalla normativa di diritto uniforme.

Un esempio particolarmente significativo di quanto ora indicato è l'art. 10 della Convenzione di Bruxelles del 1924, nel testo modificato dal Protocollo di Visby del 1968, il quale consente di giustificare la diretta applicazione della disciplina di diritto uniforme in essa prevista ad un trasporto oggettivamente internazionale in virtù del solo rinvio operato dalla volontà delle parti contraenti, di cui deve risultare evidenza nella polizza di carico, prescindendo da qualsiasi intermediazione da parte di uno specifico ordinamento statale e da qualsiasi collegamento del trasporto con uno Stato contraente.

Analoga è la disciplina prevista dall'art. 2 par. 1 lett. (e) della Convenzione di Amburgo, il quale, da un lato, attribuisce diretta ed immediata rilevanza al rinvio operato in virtù dell'autonomia privata alla disciplina di diritto uniforme prevista dalla convenzione medesima e, dall'altro, riconosce l'idoneità di tale rinvio a garantire, di per sé, l'operatività della normativa uniforme.

Si deve quindi ritenere che, allorché le parti manifestano la loro volontà nel modo ora indicato, la rilevanza assegnata al loro diretto rinvio alla stessa normativa di diritto uniforme consente a tali soggetti di giustificare l'operatività nel senso da essi voluto senza la mediazione di qualsiasi ordinamento statale purché i relativi effetti siano riconosciuti nell'ambito della *lex fori*.

Sotto questo profilo, si valorizza l'impiego dell'autonomia privata quale manifestazione di volontà sostanziale ed adeguato criterio di collegamento riconducibile direttamente ed immediatamente ad un sistema normativo, rappresentato dalla disciplina di diritto uniforme alla quale le parti contraenti operano il rinvio in quanto idonea ad inquadrare ed integrare compiutamente il loro rapporto, oltretutto i relativi effetti e la relativa regolamentazione. Rispetto ad essa, quindi, ogni intervento da parte degli ordinamenti statali, e/o ogni rinvio ad essi da parte della *lex fori*, non risultano che accessori e residuali rispetto alla normativa uniforme al cui impiego le parti hanno diretto accesso in virtù delle stesse disposizioni in esse previste e di cui hanno inteso espressamente avvalersi.

Quanto ora indicato consente di giustificare e di estendere l'applicazione della normativa della Convenzione di Amburgo in Stati che non l'hanno ratificata anche se partecipi del sistema della Convenzione di Bruxelles allorché le parti contraenti del contratto di trasporto abbiano fatto un diretto rinvio alla prima per disciplinare il loro rapporto.

La sua applicazione, infatti, non potrà essere evitata in virtù della circostanza che è un "*texte étranger*" all'ordinamento del foro. Essa, infatti, dovrà essere comunque considerata un "*texte de droit uniforme*" dotato di compiutezza normativa in grado di inquadrare ed integrare il rapporto contrattuale vo-

luto dalle parti. Pertanto, se non risultano incompatibili con l'ordine pubblico dell'ordinamento del foro, le disposizioni convenzionali di diritto uniforme cui abbiano operato il rinvio direttamente le parti non potranno non essere riconosciute nei loro effetti in ogni ordinamento, a prescindere dalla circostanza che lo Stato in cui tale normativa si trova ad essere applicata abbia provveduto alla relativa ratifica.

8. La scelta dei principi transnazionali relativi al commercio internazionale quale disciplina applicabile al contratto internazionale: il rapporto tra l'autonomia privata e la c.d. *lex mercatoria*.

Quanto esposto nei precedenti paragrafi consente di comprendere anche il senso, la portata ed i limiti in cui le parti contraenti possono operare il rinvio alla c.d. *lex mercatoria* quale disciplina applicabile ad un rapporto contrattuale del commercio internazionale o ad una parte di esso.

Già abbiamo indicato al riguardo come l'autonomia privata non sia in grado di legittimare lo stesso potere di autoobbligarsi e di modellare i rapporti contrattuali internazionali in virtù di un proprio potere creatore della realtà giuridica. Ed in particolare si è rilevato come il c.d. "*contrat sans loi*" sia soltanto una teoria rivolta a valorizzare sino all'eccesso le potenzialità normative dell'esercizio dell'autonomia privata. Non è, pertanto, nel solo esercizio dell'autonomia privata che trova fondamento, giustificazione e garanzia di effettività la disciplina solo apparentemente autosufficiente del contratto internazionale. Essa, infatti, deve inquadrarsi e ricevere legittimazione giuridica nell'ambito di un sistema normativo. Eppure, nella pratica relativa ai contratti del commercio internazionale è sempre più frequente l'impiego di criteri redazionali rivolti a costruire una regolamentazione del rapporto, da un lato, almeno tendenzialmente "completa ed autosufficiente" e, dall'altro, "delocalizzata" ed "internazionalizzata", senza alcun riferimento alla necessaria "intermediazione" di un sistema ordinamentale di riferimento. È proprio in presenza di tale tendenza che ci si è preoccupati di garantire che la disciplina in esame sia coerente con gli effetti voluti dalle parti ed al tempo stesso possa giovare di quella integrazione e inquadramento in un ordinamento sistemico che consenta all'autonomia privata (sostanziale ed internazionalprivatistica) di esprimersi nel massimo della sua potenzialità pur nei limiti di cui ai precedenti paragrafi. Tale legittimazione è spesso operata in virtù del riconoscimento degli effetti voluti dalle parti attraverso la scelta quale legge applicabile al loro rapporto contrattuale dei c.d. principi transnazionali relativi al commercio internazionale. Si tratta di riconoscimento sempre più frequente, ed ormai generalizzato, soprattutto in occasione e nell'ambito di controversie relative ai rapporti contrattuali internazionali affidate a soluzioni arbitrali con riferimento alle quali i relativi testi normativi nazionali ed internazionali non esitano a legittimare il diretto impiego, da parte dei contraenti e degli arbitri, di principi e regole di diritto sostanziale relativi ai contratti riconosciuti in ambito internazionale, senza alcuna necessaria intermediazione di uno specifico ordinamento statale. In tal caso, pertanto, l'ordinamento sistemico nel quale inquadrare ed integrare i rapporti contrattuali del commercio internazionale potrà essere costituito dagli accennati principi del commercio internazionale il cui impiego, peraltro, presenta il rischio, da più parti denunciato, di arbitrarietà, a causa della incertezza dei loro precisi contenuti.

È proprio al fine di evitare tale rischio, o quanto meno di ridurlo nella massima misura possibile, che si è di recente provveduto a vere e proprie codificazioni dei principi in esame, tra

le quali soprattutto si segnalano, in sede internazionale, gli "Unidroit Principles of international contracts", ed in sede comunitaria i "Principles of European Contract Law", dai contenuti in grande misura coincidenti. A tali codificazioni sono comuni due caratteristiche essenziali per la loro operatività. Da un lato, tendono ad offrire una disciplina dotata di completezza e di adeguatezza a regolare, inquadrare e legittimare i rapporti contrattuali. Dall'altro, sono formulate secondo espressioni ed istituti i cui effetti sono idonei ad essere accettati in ogni ordinamento statale eventualmente coinvolto a vario titolo nella valutazione ed attuazione del rapporto.

Pertanto, il loro impiego consente di evitare, piuttosto che risolvere, i "conflitti di legge", in una logica funzionale al più compiuto esercizio unitario dell'autonomia privata (intesa in senso sostanziale ed internazionalprivatistico), garantendo l'inquadramento della disciplina contrattuale nell'ambito di un sistema normativo, almeno tendenzialmente, completo e idoneo a legittimarne, integrarne e garantirne gli effetti secondo criteri formulati in modo da non confliggere con alcun principio di ordine pubblico o con alcuna disposizione di applicazione necessaria dei vari ordinamenti statali in cui deve esserne data attuazione. Anzi, dell'adeguato rispetto di tali norme le codificazioni in esame si danno debitamente carico, prevedendo espressamente, ad esempio, che "*the mandatory rules of the forum and possibly also of those of third States, will like wise prevail [on the application of the above mentioned Principles], provided that they claim application whatever the law governing the contract and, in case of the rules of third States, there is a close connection between those States and the contract in question*". Ma non soltanto. Infatti si reitera che "*even where...the Principles are applied as the law governing the contract, they cannot prejudice the application of those mandatory rules which claim application irrespective of which law is applicable to the contract (lois d'application nécessaire)*" (cfr. *Unidroit Principles*, 2010, art. 1.4 e relativo commento *sub* parr. 2 e 3).

9. Conclusioni. La progressiva tendenza all'identificazione funzionale dell'autonomia privata internazionalprivatistica con quella sostanziale e la riduzione della centralità della normativa statale quale disciplina applicabile ai contratti internazionali.

Dall'analisi compiuta, che certamente non pretende di essere completa, ma meramente esemplificativa di alcune delle varie modalità e di alcuni criteri in virtù dei quali operano, con convergenti effetti e funzioni, le tecniche relative all'autonomia privata sia in senso sostanziale che in senso internazionalprivatistico, si evidenzia una varietà di situazioni in presenza delle quali esse vengono impiegate. Inoltre, emerge una progressiva confluenza di normative di origine non statale applicabili al rapporto contrattuale in virtù delle specifiche scelte relative agli assetti sostanziali sottesi all'operazione economica e voluti dalle parti contraenti. Tali normative, in particolare, risultano nella pratica sempre più direttamente ed immediatamente rilevanti ai fini della legittimazione, giustificazione ed integrazione del rapporto contrattuale in funzione dell'idoneità oggettiva delle specifiche scelte normative adottate al riguardo.

Non stupisce, quindi, che una parte sempre più significativa della dottrina abbia messo adeguatamente in rilievo la difficoltà di separare nettamente l'autonomia sostanziale da quella internazionalprivatistica, segnalando come la volontà delle parti opera "come fattore di regolamento che si pone ai limiti tra un criterio di collegamento internazionalprivatistico tradizionale e una fonte di recezione diretta di norme applicabili".

Risulta, pertanto, che gli ordinamenti statali non possono più essere considerati l'esclusiva direzione nella quale deve orientarsi la scelta dell'interprete o del giudice sulla scorta delle indicazioni delle parti nel determinare la disciplina applicabile ai loro rapporti contrattuali. Anzi, in molte situazioni, la normativa statale perde la sua centralità nella disciplina dei contratti internazionali e risulta meramente residuale ed accessoria rispetto all'importanza di altre normative di riferimento, soprattutto nei casi in cui ad esse le parti si sono espressamente rifatte o le hanno specificamente richiamate nella direzione di valorizzare nella massima misura possibile il loro intento pratico e l'effetto materiale voluto attraverso la conclusione del contratto. E', quindi, a tali normative che in misura sempre più ricorrente è necessario rifarsi, nel rispetto delle specifiche scelte in tale direzione operate dalle parti contraenti, al fine di individuare i sistemi normativi nell'ambito dei quali legittimare, integrare, interpretare e regolare aspetti del rapporto contrattuale con riferimento ai quali non si riscontrano specifiche ed adeguate clausole nella disciplina del contratto, anche nei casi in cui sia stata espressamente adottata una clausola di scelta di una determinata legge statale quale applicabile al contratto.

In questa prospettiva, si ricomponde la funzione unitaria dell'autonomia privata nella disciplina dei contratti internazionali, rispetto alla quale il suo esercizio attraverso tecniche internazionali-privatistiche ed attraverso tecniche di diritto sostanziale risultano meramente strumentali e dal confine spesso difficilmente tracciabile. Tanto da dover essere impiegate nella consapevolezza della loro intima interrelazione e soprattutto nella piena consapevolezza della loro unitaria funzione di legittimare la forza obbligatoria e di integrare la proprietà normativa espressa dalla volontà delle parti contraenti, in funzione delle caratteristiche proprie della sostanza economica del loro rapporto contrattuale, nei limiti dei principi di ordine pubblico internazionale e delle norme di applicazione necessaria degli ordinamenti statali, volta a volta coinvolti nella conclusione e nell'esecuzione di tale rapporto.

Anzi, sono proprio questi ultimi profili che evidenziano maggiormente l'importanza dell'accennata unitarietà di funzione dell'autonomia privata rispetto alle diverse tecniche relative al suo esercizio, tra le quali, appunto, le varie soluzioni rivolte alla scelta della disciplina applicabile al rapporto contrattuale in virtù del rinvio, diretto o indiretto, espresso od implicito, a sistemi normativi esterni all'ordinamento statale in cui devono essere rese operative. In realtà, oltre a determinare le scelte ora indicate, le parti di un contratto internazionale prendono in considerazione possibili "interferenze" che principi di ordine pubblico "internazionale" e norme di applicazione necessaria possono produrre sull'organicità della disciplina del rapporto. Ed al riguardo vengono impiegate varie tecniche, da un lato, per prendere atto della rilevanza di tali norme e principi, soprattutto se appartenenti all'ordinamento giuridico dello Stato in cui devono realizzarsi almeno in parte gli effetti del rapporto contrattuale, dall'altro, per garantire che, in ogni caso, venga preservata la coerenza e l'originaria *ratio* dell'assetto normativo dell'operazione economica voluta dalle parti e posta alla base del loro rapporto.

Come già osservato anche in altra sede, viene in tal modo garantita, pur in presenza dell'interferenza dei principi e delle norme innanzi indicati, proprio in virtù dell'autonomia privata e di clausole difficilmente riconducibili soltanto all'esercizio di tecniche internazionali-privatistiche o di diritto sostanziale, la massima coerenza ed unitarietà della disciplina dei rapporti contrattuali internazionali nel rispetto delle esigenze di tali prin-

cipi e norme. In questo senso, l'autonomia privata nella duplice valenza innanzi indicata è, quindi, in grado di operare anche quale essenziale elemento di coordinamento del concorso delle diverse fonti normative scelte dalle parti e di quelle che si impongono ad esse, preservando nella massima misura le caratteristiche dell'operazione economica e dell'assetto di interessi che sono a fondamento del rapporto contrattuale. Si valorizzano, così, specifiche ed ulteriori tecniche che consentono la "creazione di nuove utilità" nell'interesse dei contraenti e tengono conto degli interessi generali delle comunità alle quali essi appartengono o sulle quali si realizzano gli effetti del loro rapporto. Ed in tal modo si conferma, in particolare, anche la specifica importanza della valorizzazione delle caratteristiche proprie della sostanza economica dei contratti internazionali per interpretarne ed integrarne i contenuti normativi, di cui si deve garantire a tal fine sia l'inquadramento nel più adeguato sistema normativo, sia il coordinamento delle varie fonti al riguardo rilevanti, grazie alle specifiche capacità espressive di cui l'autonomia privata è dotata.

Nota bibliografica:

La particolare circostanza della redazione del presente lavoro giustifica la mancanza di specifici riferimenti bibliografici. Si ritiene comunque di menzionare i principali riferimenti bibliografici utilizzati per l'elaborazione del presente lavoro:

- Balladore Pallieri, *L'autonomia dei contraenti nel diritto internazionale privato*, in *Dir. int.*, 1963, p. 158 ss.;
 Béraudo, *Faut-il avoir peur du contrat sans loi?* in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005;
 Blessing, *Impact of Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts*, Bâle, 1999;
 Boschiero, *Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, vol. IV (agg.), 2001, p. 801 ss.;
 Id., *verso il rinvio e la trasformazione della Convenzione di Roma: problemi generali*, in Picone (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 352 ss.;
 Bucher, *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, in *Recueil des cours*, tome 239, 1993, p. 9 ss.;
 Carbone, *I principi Unidroit quale soft law applicabile ai contratti del commercio internazionale: tra autonomia privata e ordinamenti statali*, in *Dir. com. scambi int.*, 2012, p. 809 ss.;
 Carbone, Luzzatto, *Il contratto internazionale*, 2a ed., Torino, 2000;
 Carella, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999;
 De Ly, *Choice of non-state law and International contracts*, *Dir. com. scambi int.*, 2012, p. 825 ss.;
 R. De Nova, *I conflitti di leggi e le norme sostanziali funzionalmente limitate*, 1967;
 Id., *Self-Limiting Rules and Party Autonomy*, in *Adelaide Law Rev.*, 1973, p. 1 ss.;
 Id., voce *Obbligazioni (dir. intern. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 456 ss.;
 Foyer, *Le contrat d'electio juris à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, in *Mélanges Loussouarn*, p. 169 ss.;
 Franzina, *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento «Roma I»*, Atti della giornata di studi. Rovigo, 31 marzo 2006, Padova, 2006;
 Fresnedo de Aguirre, *Party Autonomy - a Blank Cheque?*, in *Uniform Law Rev.*, 2012, p. 655 ss.
 Frignani, *Il contratto internazionale*, Padova, 1990;
 Giuliano, *La loi d'autonomie et sa justification théorique*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1979, p. 217 ss.;
 Hartley, *Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach*, in *Recueil des cours*, tome 266, 1997, p. 337 ss.;
 Heuzé, *La volonté en droit international privé*, in *Droits*, 1999, p. 113 ss.;
 Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, 1983;
 Jayme, *L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées (Considérations préliminaires pour la délimitation de l'objet des travaux)*, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, Session de Bâle, 1992, vol. 64-I, p. 13 ss.;
 Jayme, Picchio Forlati, *Giurisdizione e legge applicabile ai contratti nella CEE*, Padova, 1990;
 Lagarde, *Le "dépeçage" dans le droit international privé des contrats*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1975, p. 649 ss.;
 Id., *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission Européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in *Rev. critique*, 2006, p. 335 ss.;
 Lando, *Party Autonomy in the EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, in *L'influence des Communautés Européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Luxembourg, 1981, p. 191 ss.;
 Loussouarn, Bourel, *Legge regolatrice del contratto e rilevanza di norme di altri ordinamenti: ordine pubblico e norme di applicazione necessaria*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, 2000, p. 240 ss.;
 Maniruzzaman, *Choice of law in International Contracts: Some Fundamental Conflicts of Law Issues*, in *J. Int. Arb.*, 1999, p. 141 ss.;
 Marrella, *Autonomia privata e contratti internazionali*, in Sicchiero, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, Padova, 2005, p. 217 ss.;
 Mayer, *Lois de police*, in *Rep. dr. int.*, 1998, p. 3 ss.;
 Mezghani, *Méthodes de droit international privé et contrat illicite*, in *Recueil des cours*, tome 303, 2003, p. 323 ss.;
 Neumayer, *Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1957, p. 579 ss.;
 Nygh, *Autonomy in international contracts*, Oxford, 1999;
 North, *Contract conflicts*, Amsterdam, 1982;
 W. E. O'Brien Jr., *Choice of law under the Rome Convention: the dancer or the dance*, in *Lloyd's Mar. Law Quart.*, 2004, p. 375 ss.;
 Picone, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986;
 Id., *La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia*, in Picone, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998;
 Radicati di Brozolo, *Non-national Rules and Conflicts of Laws: Reflections in Light of the Unidroit and Hague Principles*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 841 ss.;
 Storme, *Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2007, p. 233 ss.;
 Treves, *Sulla volontà delle parti di cui all'art. 25 delle preleggi e sul momento del suo sorgere*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1967, p. 321 ss.;
 Ziccardi, *Disposizioni imperative e ordine pubblico nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Foro pad.*, 1987, II, c. 7 ss.

*Sull'obbligatorietà
della mediazione-conciliazione
dopo la sentenza 272/2012
della Corte Costituzionale*

Michele Marchesiello

già Presidente di Sezione del Tribunale di Genova

I commenti alla decisione della Corte Costituzionale sulla nota questione dell'obbligatorietà della mediazione-conciliazione si sono subito divisi - ancor prima che ne fosse nota la motivazione e sulla sola base di un laconico comunicato-stampa - tra quelli di chi, fautore dell'obbligatorietà, sosteneva essersi trattato di un mero incidente di percorso, di un vizio 'formale' facilmente rimediabile dal legislatore, e quelli di chi, attento al connotato saliente della mediazione, la volontarietà, intravedeva un giudizio comunque non positivo della Corte circa la scelta operata dal legislatore delegato di introdurre in quell'istituto un elemento spurio e poco coerente con la sua natura facoltativa.

La motivazione recentemente pubblicata non sembra aver posto fine alla diatriba, anche se - a un'attenta lettura - è possibile individuare la scelta, da parte dei giudici della Consulta, di una linea che, pur non condannando l'obbligatorietà a essere esclusa dal campo essenzialmente facoltativo della mediazione, la colloca, per così dire, in una posizione marginale e funzionale alle esigenze specifiche di ben delimitate tipologie di conflitto.

A questa conclusione la Corte perviene attraverso un duplice rispecchiamento che pone - rispettivamente - la legge di delega a confronto con la normativa dell'Unione Europea (direttive, risoluzioni del Parlamento Europeo, sentenze della Corte di Giustizia), e la legge delegata a confronto, a sua volta, con legge di delega.

Sotto il primo profilo, la Corte ha preso in esame la direttiva 2008/52/CE del parlamento europeo e del Consiglio, la risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 (2011/2117-INI), sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile, commerciale e familiare; la risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011 (2011/2026-INI) relativa all'attuazione della direttiva 2008/52/CE negli Stati membri, sull'impatto della stessa sulla mediazione e la sua adozione da parte dei tribunali nazionali; la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 18 marzo 2010 (cause riunite C-317/08, C-319/08, C-320/08), sezione quarta (relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica).

In base all'analisi di questo materiale normativo e giurisprudenziale, i giudici della Consulta hanno ritenuto che: dal punto di vista dell'ordinamento comunitario non si configura alcuna esplicita o implicita opzione a favore del carattere obbligatorio dell'istituto della mediazione (in breve: 'non obbligatorietà dell'obbligatorietà'); quell'ordinamento mostra di favorire l'istituto (in quanto idoneo a offrire una soluzione conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale) ma, oltre a non imporla, 'nemmeno consiglia l'adozione del modello obbligatorio' limitandosi a lasciare 'impregiudicata' quella legislazione nazionale che renda obbligatorio il ricorso alla mediazione, oppure lo assoggetti 'a incentivi o sanzioni' (art.5 comma 2 della direttiva);

allo stesso orientamento (non favore, ma neppure disfavore per l'adozione da parte degli Stati membri di un regime di obbligatorietà) si ispira la sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 2010; è vero - osserva la Corte Costituzionale - che in un passaggio argomentativo, sotto forma di *obiter dictum*, (punto 65 della motivazione) la Corte di Lussemburgo riconosce che, nel caso sottoposto al suo esame, l'introduzione di una procedura meramente facoltativa di conciliazione-mediazione non sarebbe altrettanto efficace di quella obbligatoria per la realizzazione degli obiettivi perseguiti; ma è altrettanto vero - osserva sempre la nostra Corte - che tale osservazione, meramente incidentale e non vincolante, riguardava '...un tipo ben circoscritto di controversie (quelle in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori di tali servizi) : contesto - osservano sempre i giudici della Consulta - ben diverso da quello di cui alla norma oggetto del giudizio di costituzionalità, relativo a un rilevante (ed eterogeneo, noi aggiungiamo) - numero di vertenze, tanto da rendere '...non comparabili le due procedure anche per le differenze strutturali che le caratterizzano'.

La disciplina UE si rivela dunque *neutrale* (ma, secondo la nostra opinione, l'ordinamento comunitario adotta, piuttosto, un atteggiamento di mero 'non-disfavore' nei confronti dell'obbligatorietà, considerandola compatibile con la natura della mediazione soltanto in relazione a tipologie ben circoscritte di controversie e in base a considerazioni contingenti di opportunità, laddove la scelta di un regime facoltativo non si mostri altrettanto efficace; 'neutralità' non significa, dunque, indifferenza o piena discrezionalità nella scelta tra i due regimi). Il solo limite posto agli ordinamenti nazionali che adottino criteri di obbligatorietà è quello che venga comunque garantito il diritto di adire i giudici competenti per la definizione in giudizio delle controversie.

Su questo presupposto, non è possibile dunque ritenere che la legge di delega, nel richiamare e far proprio il dettato dell'ordinamento comunitario, abbia introdotto nel nostro sistema un principio di obbligatorietà della mediazione che quell'ordinamento non prevede come obbligatorio né considera con particolare favore. Deve ritenersi, piuttosto, che la legge di delega abbia fatto proprio, inserendolo nel nostro sistema, il quadro normativo sopra delineato.

A questo punto la Corte si è chiesta se la legge delegata, nelle disposizioni oggetto di censura, sia rispettosa del quadro normativo comunitario recepito espressamente dalla legge di delega. La risposta dei giudici della Consulta non poteva essere più esplicita. Non solo nella legge di delega non si rinvenivano elementi dai quali possa desumersi la previsione di un'obbligatorietà sostanzialmente generalizzata della mediazione, ma, al contrario, 'nella norma di delega non mancano spunti ben più espliciti che orientano l'interprete in senso contrario rispetto alla (presunta) volontà del legislatore delegante di introdurre una procedura a carattere obbligatorio.'

Lo stesso richiamo (art.60 comma 3 lett.c) alla disciplina oggi abrogata del cosiddetto 'processo societario', che prevedeva un procedimento di conciliazione fondato sulla libera scelta delle parti, indica il *favor* del delegante per l'opzione volontaristica.

Un analogo orientamento può desumersi dal disposto dell'art.60 comma 3 lett.n, che prevede il dovere dell'avvocato di informare il cliente - prima dell'instaurazione del giudizio, della *possibilità* (e non della obbligatorietà, che renderebbe quell'obbligo ancor più stringente in vista della preclusione processuale) di avvalersi dell'istituto della conciliazione.

La legge delegata - pur ripetendo tale formula 'possibilistica', ne aggiunge una, che non trova riscontro nella legge di de-

lega, stabilendo che "...l'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale".

Dei due modelli che la legge delegata prevede con riferimento al dovere di informativa del cliente da parte dell'avvocato, il primo risponde pienamente alla previsione della legge di delega, mentre il secondo, così la Corte, "...compare nel decreto delegato, ma è priva di ancoraggio nella norma (di delega)".

La constatazione della mancanza assoluta di tale 'ancoraggio' determina l'eccesso di delega, né questa constatazione può essere superata sostenendo che si è trattato del mero, coerente sviluppo e completamento di scelte già operate 'a monte' dal delegante, poiché, come si è visto, la norma impugnata non solo è priva di qualsiasi riferimento in questo senso ma, addirittura, "...almeno in due punti contrasta con la concezione della mediazione come imposta dalla normativa delegata".

Né vale il richiamo alla sentenza della Corte n. 276 del 2000 (che escludeva l'eccesso di delega nel caso dell'introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie ex art.409 del codice di procedura civile), che appare del tutto coerente con l'impostazione comunitaria, fatta propria dal delegante e ribadita dalla Corte nella decisione che si commenta. A ben vedere, infatti, la Corte Costituzionale non ha preso posizione, schierandosi per così dire nel senso del carattere necessariamente facoltativo della mediazione, ovvero della sua obbligatorietà, se non necessaria, quanto meno generalizzata.

Nell'offrire una lettura coerente e più articolata della mediazione come si è venuta configurando a partire dall'ordinamento comunitario, la Corte ha ribadito che la volontarietà costituisce il carattere normale dell'istituto e il più coerente rispetto alla sua natura. Ciò non esclude che - per determinate categorie di controversie e in presenza di esigenze particolari (che peraltro il legislatore è tenuto a precisare ed enunciare) - la legge nazionale possa introdurre, senza per ciò solo incorrere nell'eccesso rispetto alla delega, forme specifiche di mediazione obbligatoria, come è accaduto appunto nel caso delle controversie di cui all'art.409 del codice di procedura civile.

Quello che il legislatore ordinario non può fare è reintrodurre nel nostro sistema la mediazione obbligatoria generalizzata, quale era prevista dall'art.4 comma 3 D.Lgs. 28 del 2010.

Né tale conclusione trova smentita nella circostanza che la Corte non avrebbe tenuto conto di due leggi intervenute successivamente all'emanazione del decreto lgs. 28/2010: la legge 26 febbraio 2011 n.10 (art.2 comma 16 decies), che fa riferimento alla conciliazione obbligatoria in tema di condominio e di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, e la legge di riforma del condominio degli edifici, che introduce nelle disposizioni di attuazione del codice civile l'art.70 quater, che ancora fa riferimento al regime obbligatorio della conciliazione.

A parte l'audacia ermeneutica di cui ha dato prova chi ha voluto considerare queste due leggi come 'interpretazione autentica' di origine parlamentare della norma dichiarata incostituzionale dalla Corte, grazie alla quale si sarebbe rimediato alla carenza (*rectius* all'eccesso) di delega censurato dalla Corte, è appena il caso di osservare come il mantenimento surretto di un regime particolare e speciale di obbligatorietà (ancorché attraverso il richiamo a una norma dichiarata incostituzionale) non si ponga necessariamente in contrasto col quadro normativo ricostruito dai giudici della Consulta, ma - al contrario - possa costituirne una sia pur anomala conferma. Esistono di fatto materie, quali quelle attinenti al condominio degli edifici o alla circolazione dei veicoli, in cui il carattere diffuso e spesso minuto della conflittualità giustifica e addirittura suggerisce il ricorso a forme opportunamente circoscritte di obbligatorietà che, senza precludere il ricorso al procedimento giudiziario, dissuadano le parti da un accesso indiscriminato e pregiudizievole per il suo corretto funzionamento.

Non si può dunque che essere grati alla Corte Costituzionale per avere posto fine - si spera - al dibattito ormai stucchevole tra fautori della volontarietà e fautori dell'obbligatorietà, dibattito che in ultima analisi non giova alla diffusione del nuovo istituto e alla sua accettazione da parte della nostra cultura giuridica.

Il futuro della professione legale fra modelli economici e presidio della legalità

Mario Riccomagno
Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. *The end of lawyers?* - 2. *Il diritto e gli scopi.* - 3. *Il legal civil act 2007.*

1. The end of lawyers?

1.1 In un libro edito qualche anno fa e dal titolo provocatorio (*"The end of lawyers?"*) (1) Richard Susskind ha tratteggiato un interessante scenario sulle prospettive dell'avvocatura in Inghilterra. Quanto scrive Susskind può applicarsi anche in altri paesi tra cui il nostro.

Susskind è un esperto di informatica ed è un autorevole commentatore nel campo della c.d. economia forense. Presidente della Society for Computers and Law, è Visiting Professor all'Università di Oxford. È stato insignito della prestigiosa onorificenza britannica Order of the British Empire per i servizi resi nell'amministrazione della giustizia inglese.

Il suo libro che è la *summa* di riflessioni pluridecennali in materia e che segue due precedenti pubblicazioni (2) è stato considerato come una sufficientemente realistica previsione sul futuro della nostra professione.

È stato citato sia dal nostro Presidente Guido Alpa nella relazione di apertura del XXX Congresso Nazionale Forense tenutosi a Genova che da Linda Lee, Presidente della *Law Society*, all'apertura dell'anno giudiziario a Londra nell'ottobre 2010.

Punto di partenza del pensiero di Susskind è la ridefinizione della nozione di accesso alla giustizia.

Il termine "accesso alla giustizia" è in auge da oltre un ventennio. Ne discutono politici, accademici, organizzazioni professionali (*in primis* il CCBE), la magistratura e l'Unione Europea.

Esso ha avuto il massimo della popolarità in Inghilterra a metà del 1990 quando Lord Woolf, alla guida della commissione ministeriale istituita dall'allora Governo Major per la riforma del sistema processuale civile inglese usò, appunto, tale espressione per spiegare quale fosse la ragione di fondo del suo futuro lavoro. L'obiettivo avrebbe dovuto essere quello di ridisegnare un nuovo rapporto fra cittadini ed il sistema giudiziario.

Susskind riconosce i meriti della Woolf Reform che, dalla sua entrata in vigore (aprile 1999) ha innegabilmente corretto le precedenti patologie ravvisate in spese eccessive, lentezza e complessità delle procedure (3).

Tuttavia ritiene che, nell'ottica di un miglioramento della giustizia intesa come criterio pratico per orientare le nostre decisioni concrete e migliorare la qualità della vita individuale e collettiva, il *focus* andrebbe maggiormente concentrato su ciò che lui chiama "le opportunità che la legge può dare" e quindi sulle tecniche di "prevenzione" più che di "risoluzione" delle controversie (4).

A questo punto il discorso impatta sui servizi legali nell'ampiezza della loro formulazione: dalla genesi del rapporto cliente/avvocato al suo momento finale che è quello del risultato e della regolamentazione economica per il servizio reso dal professionista. Secondo Susskind nella *client service chain* molte sono le diseconomie: bisogna che il cliente sia

meglio reso edotto del giusto momento in cui formulare la domanda di assistenza (*"recognition"*), di come effettuare la scelta del proprio legale (*"selection"*) e quale sia la tipologia di servizio di cui abbia effettivamente bisogno (*"service"*). Per poter procedere secondo tale modello economico bisogna comprendere in che mondo viviamo e - ancora più importante - in che mondo vivremo.

A tale proposito la previsione di Susskind è che la tecnologia rivoluzionerà la professione: *networking*, *social media*, motori di ricerca, ecc., non saranno solo di utilità agli avvocati per rafforzare il proprio *brand*, espandere la sfera di *legal marketing* e generare nuovi contatti. Essi saranno di ausilio anche ai clienti o potenziali clienti che, rispetto al passato, potranno compiere accessi (*"insights"*) in aree a loro prima precluse. Apprendendo, leggendo e condividendo informazioni e contenuti di carattere legale, sapere e tecnologia sono destinati a fondersi trasformando quello che prima era monologo (da uno a molti) in dialogo (da molti a molti).

Nel mondo del futuro quindi i servizi legali saranno sempre meno soggetti al controllo e all'influenza degli avvocati. Non solo, ma si assisterà sempre di più ad una delocalizzazione del lavoro: *call centers*, servizi *on line* e *in outsourcing* produrranno effetti significativi sulla concorrenza fra studi, riduzione delle riserve, abbattimento delle tariffe e, con ogni probabilità, una riduzione del lavoro come siamo abituati a considerarlo.

Cambierà pertanto il *business model* dell'avvocato tradizionale ed al rafforzato ruolo del cliente dovrà parametrarsi il compito dell'avvocato tenuto a operare in una *"true partnership ... a meeting of equals"*.

Il cambiamento di *business model* determinerà inevitabilmente un cambiamento di mentalità degli avvocati stessi (5): *"lawyers should not feel they have to be in control of their clients' legal matters and their client's lives. They should see themselves as facilitators of better results and happy lives"*.

Da qui la grande apertura verso le opportunità che si aprono agli avvocati con le tecniche di composizione stragiudiziale delle controversie.

1.2 Il discorso si allarga quindi necessariamente dalla prevenzione alla risoluzione delle controversie.

Come è noto la civiltà odierna assiste in misura crescente all'abbandono della visione monopolistica di amministrazione della giustizia da parte dello Stato in funzione di nuovi strumenti - le tecniche ADR appunto - che intervengono a volte in funzione preventiva, altre volte in funzione alternativa, altre volte in funzione integrativa ai tradizionali meccanismi giurisdizionali.

La loro principale caratteristica consiste nel fatto che pongono il cittadino in una posizione di centralità chiedendogli di essere protagonista responsabile agli atti che compie.

L'avvocato può svolgere funzioni essenziali in tale processo. Anche in tal caso un cambio di mentalità per l'avvocato si impone: non più *"litigator"* (o, più in generale, *"adversarial"*) per la tutela dei diritti del cliente ma piuttosto spesso protettore dei suoi interessi.

Tale cambio deve essere non solo favorito dalla formazione e dall'aggiornamento professionale. Deve essere promosso già da prima, nella fase universitaria.

1.3 Ricordo che, allorquando nei primi anni ottanta, si andò sviluppando negli Stati Uniti il dibattito sulla opportunità di introdurre nel paese le tecniche di ADR il Presidente della Università di Harvard, Prof. Derek Bok, scrisse un importante articolo: *"A Flawed System of Law Practice and Training"* (6).

In tale articolo il Prof. Bok criticava la proliferazione nor-

mativa e le patologie della *litigation explosion* che si erano andate manifestando negli Stati Uniti sia dagli anni sessanta. Responsabili di tale stato di cose, per il Prof. Bok, erano anche le università americane che insegnavano agli studenti a “pensare come avvocati” e quindi li preparavano “*more for conflict than for the gentler arts of reconciliation and accommodation*”. Rivendicava alla propria università il merito di essere stata fra le prime ad esplorare metodi quali la *mediation* e la *negotiation* atti a favorire la risoluzione delle controversie senza adire, da subito, i tribunali.

1.4 Un importante riscontro al modello economico di Susskind è rinvenibile nel *Report on the Future of Legal Profession* presentato nell’aprile 2011 dalla *New York State Bar Association*. Esso riassume l’esito di una ricerca condotta da una *Task Force* creata allo scopo.

Non ho tempo per descrivere compiutamente le modalità di tale ricerca.

Dico solo che, contrariamente a quanto si potrebbe credere, in essa non viene affatto pronosticata la fine della “professione individuale” che, a detta di molti, sarebbe in procinto di cedere il campo alla “professione organizzata” (con tutti i noti problemi di conflitti di interesse, utilizzazione di tipi societari, partecipazione di soci di mero capitale e così via). Un chiarimento però è doveroso.

L’esercizio della professione in forma individuale (facilitata dal vantaggio competitivo di avere ridotti costi di produzione) non avrà sicuramente vita facile se le *solo firms* si dedicheranno genericamente alla difesa dei diritti dei consumatori (ove la concorrenza è molto forte anche per la presenza dei *legal service providers* che non sono avvocati). La loro sopravvivenza dovrà consistere in un *mix* di specializzazione, offerta di servizi a prezzi più bassi rispetto ai grandi studi generalisti e ampio uso delle tecnologie e pratiche *on line* (onde poter continuamente condividere con i clienti contenuti testuali, immagini, video, audio, ecc.).

I grossi studi invece dovranno fronteggiare il grosso problema - già in atto - dell’abbandono del tradizionale criterio di remunerazione su base oraria. Ciò in quanto viene loro richiesto dalla clientela (normalmente *house lawyers* di grosse società). Si stanno imponendo gli AFA (*Alternative Fee Arrangements*) spesso basati su un fisso predeterminato in anticipo che tiene conto di diversi fattori quali i risultati ottenuti, i costi di servizi similari, il costo di produzione maggiorato di un margine a titolo di utile. Sembra pertanto trovare realizzazione la teoria di Susskind il quale aveva intravisto nelle *fixed* o *flat fee* un modo per cui l’avvocato compete con se stesso. Ciò in quanto egli diventa obbligato ad introdurre più efficienza possibile nel suo modo di lavoro onde poter generare il massimo *financial output*.

2. Il diritto e gli scopi.

In questo futuribile scenario e ragionando con la mentalità di un avvocato “*vintage*” - quale io sono - vien fatto di porsi una domanda: quale sarà la sorte negli anni a venire di un patrimonio della nostra categoria che rappresenta l’architrave del sistema delle libere professioni?

La risposta - a mio giudizio - può essere data a due livelli. Esiste un primo livello che risulta dai risultati dei sondaggi di opinione(7): il cliente medio non ha interesse specifico a quanto e come si affacci nella professione di avvocato la legge di mercato. Ciò che gli interessa di più è che questi sia competente e possa risolvere il suo problema. La clientela chiede all’avvocato la continuità nell’assistenza, la capacità di comprendere i suoi bisogni, la tutela della sua riservatezza. Va dal-

l’avvocato perché fornisce certezze. Se quindi la figura dell’avvocato corrisponde al fabbisogno di sicurezza richiesto dalla società non vedo come egli non possa continuare a svolgere tale funzione anche nella forma della “*true partnership*” o del “*meeting of equals*” di cui parla Susskind. Direi di più: se con la tecnologia la comprensione dei problemi legali può divenire più partecipata da parte del cliente il rapporto cliente/avvocato può risultare esaltato.

Bisogna però che l’avvocato non abdichi alla sua funzione di custode dei diritti che riguardano la persona e della libertà espressa in ogni forma. E qui entriamo nel secondo livello che investe la funzione sociale, politica ed istituzionale della nostra professione, che è unica, protetta dalla Costituzione e non può cedere il campo a pretese ragioni di mercato.

La domanda di fondo è sempre la stessa: se gli scopi perseguiti dal diritto abbiano o conservino autonomia in rapporto agli scopi dell’economia e della tecnica. La risposta non può che essere una ed una sola: mentre l’economia non può esprimere di per sé un diritto, è invece il diritto condizione necessaria per ciascun tipo di economia.

Il diritto che “non interviene” e che considera permesso e lecito alle forze economiche di esprimersi nella propria interezza compie una scelta di rinuncia alla sua funzione primaria.

Ad una oggettiva funzionalità del mercato che volge solo alla quantità dei risultati dobbiamo opporre la forza del principio di legalità, della *rule of law*. Intendo qui riferirmi non tanto alla difesa dei poveri e degli esclusi del “terzo mondo” quanto alla tutela dei diritti di tutti senza distinzione di censo, stato e colore. Alla globalità del mercato che riduce all’uniforme funzionalità, costumi, dialetti, tradizioni, fedi e riti religiosi si oppone un diverso ordine di scopi incentrato sul diritto protettivo della differenze (8). Altrimenti le forme del diritto de-soggettivizzate e de-storicizzate altro non sono che utensili anonimi e meccanici (“orologi da tasca” secondo la celebre espressione di Georg Simmel) (9). Qui risiede la perdurante forza del diritto e - conseguentemente - la funzione più nobile della professione forense: rilevare le manchevolezze della legge, la lesione dei diritti e l’uso dei rimedi giurisdizionali.

Recita la risoluzione del 27 novembre 2004 del CCBE che gli avvocati sono i custodi dei diritti umani fondamentali e delle libertà così come dello stato di diritto.

Tali diritti sono tutelati da norme europee sovraordinate alle norme italiane quali la Convenzione di Strasburgo di difesa dei diritti umani e la Carta di Nizza riaffermata dal Trattato di Lisbona.

Questi debbono essere i nostri parametri di riferimento e di interpretazione.

Questo è stato ricordato recentemente in due lettere inviate al Presidente Monti dal Presidente dell’Unione Internazionale degli Avvocati e dal Presidente del CCBE (10) successivamente alla entrata in vigore in Italia del c.d. “decreto sulle liberalizzazioni” (11).

3. Il legal civil act 2007.

Gli avvocati McDermott e Stobbs, che ancora ringraziamo per la loro presenza a Genova, ci hanno permesso di meglio comprendere l’importante riforma della professionale legale in Inghilterra.

Confesso, nel prepararmi all’incontro di oggi, di essere stato tentato di mettere a confronto il *Legal Service Act* con quanto si è succeduto in Italia dalle c.d. “lenzuolate Bersani” del 2006 al decreto “cresci Italia” del gennaio scorso.

Avrei voluto porre a confronto il nuovo sistema di regole incentrate in Inghilterra sul consumatore con il faticoso cammino della nostra legislazione in materia. Avrei voluto spiegare come da noi non esiste la separazione tra funzioni rappresentative e di regolazione e manchi un organo di supervisione che controlli l'attività degli ordini (anche se la Consob sembra volersi posizionare al riguardo).

Per non parlare delle nostre società per professionisti e delle loro aggregazioni anche con soci di capitale puro.

Pensavo di concludere che alcuni aspetti della riforma inglese siano quantomeno prematuri per il mercato italiano non solo perché esprimono un modello di avvocatura profondamente diverso dal nostro ma anche perché noi siamo sempre in attesa - da oltre 60 anni - di una riforma dell'ordinamento forense.

Ebbene, mi sono dovuto ricredere.

Mi è accaduto di leggere un discorso sul *Legal Service Act* della Baronessa Deech of Cumnor, Presidente del Bar Standards Board ovvero dell'organismo disciplinare dei barrister, tenutosi il 9 maggio scorso al Gresham College.

In tale discorso, la relatrice ha svolto forti rilievi critici sul *Legal Service Act* definito da subito "a rather unsatisfactory piece of legislation".

Dalle parole della Baronessa Deech of Cumnor si comprende che i barrister soffrono (a) la presenza del *Legal Service Board* composto oltre che da barrister anche da membri esterni e da consumatori; (b) l'ingresso sul mercato delle *Alternative Business Structures* e tutto quanto sia riferibile alla c.d. "Tesco Law"; (c) la istituzione dello sportello che raccoglie le lamentele dei consumatori ("Office of Legal Complaints"), funzione che continua ad essere esercitata - contemporaneamente - dal *Bar Standards Board*.

La relatrice ricorda come ispiratore dell'attuale legislazione inglese fosse il rapporto Clementi finalizzato alla promozione della concorrenza agli interessi dei consumatori. Rileva però che rispetto ad allora (2004) i tempi sono cambiati. Ribadisce comunque che "the preservation of a distinct profession of barrister is actually in the interests of the public ..., because the barrister's duty is to court, to assist in the development of the law and protect the needy".

Quanto poi alle *Alternative Business Structures*, la Baronessa usa espressioni di particolare effetto per descriverne i rischi: "influence of outside ownership, profit over professional standards, commodification of legal issues ... unacceptability of our legal practices abroad where other nations have more careful professional rules".

Insomma la riforma costituirebbe un attacco alla *rule of law* e all'indipendenza della professionale legale (12).

Ma allora - mi sono chiesto - dove stanno le differenze?

Allorquando si tratti di indipendenza della professione e della tutela del cittadino nei confronti di ogni potere - come enuncia l'art. 7, comma secondo, del Codice deontologico forense e già il preambolo del Codice deontologico degli avvocati europei (13) - i principi su cui poggia la nostra professione sono gli stessi anche se apparteniamo a modelli diversi.

Note:

(1) *The end of lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, 2008, Oxford University Press.

(2) *The future of law*, 1996, e *Transforming the law*, 2000, entrambi editi da Oxford University Press.

(3) Peraltro, per la prima volta in Europa, ha introdotto la mediazione c.d. "endoprocessuale".

(4) Con significativa espressione Susskind scrive: "most people would surely prefer a fence at the top on the cliff rather than an ambulance at the bottom (no matter how swift or well-equipped)".

(5) *L'overriding objective* di Lord Woolf nella sua riforma.

(6) In *Journal of Legal Education*, 1983.

(7) *Il ruolo sociale dell'avvocatura italiana*. Ricerca del Censis a cura di M.P. Camusi - Matera, 2008.

(8) Sul punto v. N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Bari, 2008, pp. 116 e 117.

(9) *Philosophie des Geldes*, 1900.

(10) La prima riguarda l'importanza di preservare il segreto professionale, l'autonomia e l'indipendenza degli avvocati italiani minacciati da tale manovra (in particolare per quanto riguarda la soppressione delle tariffe, la costituzione di società di professionisti, la possibilità di svolgere attività informativa pubblicitaria senza limiti e quella di fare ingresso nella categoria forense senza una adeguata preparazione). La seconda rileva come il modello di avvocatura che dai provvedimenti ministeriali dall'agosto scorso in poi si sta delineando in Italia è atipico rispetto agli altri modelli europei.

(11) Decreto Legge 24 gennaio 2012 n. 1 entrato in vigore il 25 successivo.

(12) Il picco del discorso della Baronessa Deech of Cumnor è raggiunto quando dopo aver citato Hitler, l'Iran odierno e taluni Paesi africani, conclude: "the first actor of a dictator who wishes to subdue protest is likely to be the control of the lawyers".

(13) Oltre che i "Basic Principles on the Rule of Lawyers" 1990 delle Nazioni Unite e gli "Standards for Independence of the Legal Profession", 1990, dell'*International Bar Association*.

Recensioni

Ralf Dahrendorf una biografia intellettuale

GIOVANNA GALIONE

Ed. Albatros, Roma, 2012, pp. 170

È questa una parte del mio discorso ai giovani: la libertà non è un regalo che tu puoi avere e tenere, tu devi lottare sempre per essa. È questo il motivo per cui l'apatia è un'enorme rischio.

Ralf Dahrendorf

Sommario: 1. Premessa. - 2. Lord Ralf Gustav Dahrendorf. - 3. Il volume: temi e contenuti. - 4. La sociologia e la scienza sociologica. - 5. La libertà e l'eguaglianza. Verso una nuova scienza della politica. - 6. Le classi sociali. Il conflitto ed il suo superamento. - 7. La democrazia secondo Ralf Dahrendorf. - 8. Attualità dahrendorfiana. - 9. Conclusioni (ovviamente provvisorie).

1. Premessa.

Il volume, dovuto ad una giovane studiosa genovese, Giovanna Galione, qui recensito e che si intende portare all'attenzione dei lettori della *Nuova Giurisprudenza Ligure*, può sicuramente essere considerato (allo stato dell'arte, almeno nel nostro Paese, con riferimento agli studi su di uno tra i più importanti sociologi contemporanei), come una sorta di completa ed esaustiva "introduzione generale" alla teoria ed alla prassi del pensiero sociologico e politico - giuridico (quantomeno) a livello di diritto pubblico e di diritto costituzionale, intesi in senso lato e non meramente e strettamente accademico (nonché - anche - alla azione politica concreta), di Ralf Dahrendorf (1929 - 2009), (1) che certamente ha moltissimo influito sulla sociologia e sulla scienza politica del nostro tempo. La Galione esamina (ed altresì descrive ed illustra), infatti, i momenti salienti ed il globale percorso intellettuale dello studioso; si tenga presente che mancava, invero, nel panorama italiano relativo agli studi dell'opera del sociologo "anglo - tedesco", un lavoro che non solo prendesse in considerazione singoli aspetti della sua opera, ma che ne fornisse anche una visione globale ed esponendo, in sostanza ed in sinossi, tutti i vari aspetti del "percorso intellettuale" dahrendorfiano. Ovviamente, tra i lavori degli studiosi italiani, vi sono delle opere estremamente valide e si possono trovare anche notevoli studi sistematici, tra cui vogliamo ricordare i lavori di Laura Leonardi, Luciano Gallino, Luciano Cavalli e Salvatore Veca, sul pensiero filosofico e sociologico dell'insigne studioso: (2) non si reperiva però un'esposizione globale e accessibile anche a "lettori non specialisti" (e che, cioè, non siano sociologi o accademici di professione) delle teorie e delle tesi di Ralf Dahrendorf e con una sorta di esposizione e *ri - elaborazione partecipante*. Sotto questo aspetto, il volume della Galione viene, per così dire, a colmare una notevole lacuna negli studi socio - politici, nel nostro Paese, su questa grande figura di studioso e sul suo pensiero, che ha influenzato, peraltro (e come già detto), non solo molti studiosi di sociologia contemporanei, ma anche

importanti uomini politici, come, ad esempio, Tony Blair o il di lui mentore in materia economica e di politica economica e "consigliere aulico" e più o meno "persuasore occulto", Anthony Giddens. (3) In questa sede, poi, è persino inutile che si dica alcunché o si faccia cenno all'importanza degli studi e delle intuizioni di Dahrendorf per il mondo dei giuristi, almeno *lato sensu*, e per i "costituzionalisti" della *post-modernità in specie*: basti pensare e qui accennare alla *centralità* nel pensiero ed anche nell'azione politica dello studioso (sempre posta a livello "alto" e mai meramente contingente) di concetti e di temi giuridici o tipici della "riflessione giuridica", quali quelli di autorità, di potere, di democrazia, di cittadinanza, di uguaglianza formale e sostanziale, nonché, in ambito più propriamente socio - politico, per la ricerca di soluzioni, non tanto per eliminare il conflitto, che è cosa ineliminabile in una società aperta, quanto per la risoluzione o per la soluzione dei conflitti, mantenendoli in forme ed aspetti accettabili e non distruttivi, in una compiuta democrazia, che non sia solo meramente *formale*. (4) Si tratta, a tutta evidenza, di temi *attuali* ed in alcuni casi addirittura scottanti; il volume della Galione, allora, e se non fosse altro anche solo sotto questo aspetto, viene ad essere, per il lettore, di grande attualità, nonché di concreta utilità. Chi scrive si scusa sin d'ora per omissioni, imprecisioni ed errori nella odierna recensione; a parziale scusante si deve dire che un libro quale quello della Galione, così denso e pieno di concetti e tesi che possono far riferimento e trovare ascolto ed ingresso in una disamina multidisciplinare, meriterebbe e necessiterebbe, non tanto di una semplice, e per forza di cose, sommaria esposizione riassuntiva, ma di una lettura diretta; ciò viene detto anche per un doveroso rispetto per le meritorie fatiche dell'autrice.

2. Lord Ralf Gustav Dahrendorf.

Ralf Dahrendorf (o meglio *Lord Ralf Gustav Dahrendorf*, visto che negli ultimi anni della sua vita -trascorsi anche in Inghilterra - venne insignito di tale titolo), presenta la caratteristica di essere un sociologo ed anche un politico (ed un politico attivo ed "impegnato"), (5) attento anche nel cercare di risolvere i grandi problemi del suo tempo, un po' come un autore ottocentesco da Dahrendorf ammirato e stimato e, cioè, John Stuart Mill. Dahrendorf è, infatti, un teorico "*liberale*" in politica (6) attento ai problemi ed ai conflitti sociali, che vuole risolvere senza peraltro pervenire a soluzioni estremistiche e/o rivoluzionarie e con attenzione agli aspetti del conflitto e della sua possibile composizione nella società contemporanea: forse allora il termine migliore per definirlo è quello anglo - sassone di *liberal*. (7) Tra i lavori di Dahrendorf, tradotti in italiano, si segnalano per l'importanza (veri e propri punti di svolta e/o punti di partenza) che hanno avuto nel pensiero sociologico e politico contemporaneo: *Classi e conflitto di classe nella società industriale; Sociologia della Germania contemporanea; Uscire dall'utopia; Homo sociologicus; Riflessioni sulla rivoluzione in Europa; Dopo la democrazia* ed il saggio di autobiografia intellettuale: *Oltre le frontiere. Frammenti di una vita*. È anche vero che la bibliografia di e su Dahrendorf è, per usare un eufemismo, estremamente abbondante; qui si è solo voluto fare un cenno alle

opere più importanti e maggiormente conosciute, o di maggior impatto politico - pratico, dello studioso e richiamandosi, per il resto, alla ricca bibliografia che si trova alla fine del volume.

Non si deve (e non si può) inoltre, trascurare o dimenticare l'impegno politico di Dahrendorf, prima nel partito socialdemocratico tedesco (il padre era stato un dirigente del partito socialdemocratico: venne arrestato dai nazisti nel 1933 e poi, nel 1946, nella DDR; un giovanissimo Ralf Dahrendorf fu arrestato durante il nazismo per aver costituito una sorta di gruppo giovanile di opposizione al regime), e poi nel partito liberale (FDP), nonché il lavoro svolto dallo stesso nell'ambito della Comunità Europea, anche se in modo molto critico e non conformistico; negli ultimi anni diresse la prestigiosa *London School of Economics*, prima di essere insignito, nel 1993, del titolo di *Lord*. (8)

3. Il volume: temi e contenuti.

Il libro consta di una brevissima introduzione, in cui l'autrice chiarisce i motivi e le ragioni profonde della sua ricerca e che la hanno spinta ad interessarsi della "carriera" e della "vicenda intellettuale" di Dahrendorf; (9) nell'ambito di un primo capitolo maggiormente biografico, si tratta della vita e dell'attività scientifica ed accademica e dell'attività politica in senso stretto dello studioso, nonché delle ragioni del suo approccio alla politica; il secondo capitolo esamina l'evoluzione e le tappe del suo pensiero sociologico, mentre il terzo capitolo è dedicato ai concetti - chiave dahrendorfiani di *libertà* e di *eguaglianza*; il quarto capitolo è dedicato allo studio delle classi e del conflitto di classe nelle società contemporanee, mentre il quinto è propriamente politico ed è relativo ai concetti di *democrazia* e di *totalitarismo* ed al fondamentale e cruciale concetto di *cittadinanza*. Conclude il lavoro della Galione, un breve paragrafo conclusivo sul perché della attualità ed importanza del pensiero di Dahrendorf, e che contiene alcune considerazioni generali sul pensiero socio - politico dello stesso. Il volume termina con una interessante intervista (del 2003) dell'autrice a Ralf Dahrendorf, proprio sulla di lui visione socio - politica negli ultimi anni della sua vita londinese e una completa bibliografia dei lavori in lingua italiana sul pensiero dahrendorfiano e con una esaustiva indicazione delle traduzioni, in italiano, delle opere dello studioso. Come si è detto, l'autrice, opportunamente, distingue tra il *pensiero sociologico* ed il *pensiero politico* di Dahrendorf; ciò pare, in effetti, essere una premessa indispensabile per la comprensione del pensiero dello studioso "anglo - tedesco", trattandosi di una "separazione" dallo stesso voluta ed esplicitata; e non per niente il primo capitolo tratta separatamente prima della vita accademica e di scienziato sociale di Dahrendorf e delle sue teorie politiche e, poi, del suo "concreto" rapporto ed impegno con la politica: si tratta di due binari di ricerca e di impegno distinti ma che, pur senza intersecarsi, procedono per vie parallele, in una sorta di continuo *work in progress*, che dalla teoria scientifica e dall'ideologia politica, trova continuo alimento per risultati mai definitivi e sempre soggetti ad un ri - esame *pragmatico - razionale*, conforme al "*lato illuministico*" (come egli stesso lo autodefinisce), della mentalità di Dahrendorf.

Come indica e evidenzia l'autrice, il pensiero, le soluzioni e le tesi di Dahrendorf, sia in sociologia sia in politica, sono sempre non chiuse, ma aperte ai problemi e sempre, per così dire, *in fieri*: questo aspetto rende (forse) più difficile un esame delle tematiche dello studioso, ma è indice di una ricerca sempre in evoluzione, mai fine a se stessa e mai foriera di auto appagamento; resta questo un merito e un lascito "metodologico"

e "parentetico" dello studioso. Si noti sin d'ora che il problema fondamentale politico e sociale che sempre ha assillato Dahrendorf è quello di una ricerca di una possibile soluzione del problema del conflitto tra libertà ed eguaglianza; questo aspetto di una ricerca del tipo di *filosofia sociale* non deve essere dimenticato, in quanto è stato sempre il *supporto*, palese o nascosto, di tutta la *carriera* intellettuale, percorsa da Dahrendorf.

4. La sociologia e la scienza sociologica.

Il pensiero sociologico di Dahrendorf è estremamente complesso ed articolato ed ha avuto uno svolgimento sempre a tappe successive nel corso della lunga vita intellettuale (anche accademica) dell'autore, e *ha avuto riflessi su tutta, o su una gran parte, della scienza sociologica contemporanea*.

Peraltro alcuni studiosi di Dahrendorf, (Cfr. G. Galione, Ralf Dahrendorf una biografia intellettuale, pagg. 21 e segg.), hanno osservato che l'autore sarebbe legato sia alla tradizione sociologica tedesca, sia alla tradizione sociologica e politica anglosassone; tale tesi, peraltro, non è condivisa da Dahrendorf stesso, che sembrerebbe maggiormente orientato dalla parte "anglosassone" (G. Galione, op.cit, pag. 22), ed, inoltre, l'autore non intravede *necessariamente* tale distinzione. In ogni caso "l'aggancio" con gli studi di sociologia dell'area anglosassone, si può già evincere sin dal primo testo di grande importanza e di grande impatto sugli studi di sociologia del conflitto e del mutamento sociale nella società a "*capitalismo tardo*", e cioè il già citato "*Classi e conflitto di classe nella società industriale*". (10) Il lavoro sociologico di Ralf Dahrendorf è, peraltro, anche in questo ambito a carattere "problematico" e ciò sia per l'uso del *termine classe* in una teoria che non è più incentrata sul conflitto tra borghesia e proletariato, sia per la definizione e ricerca dei rapporti tra autorità e potere, sia per la nuova descrizione e definizione (non marxiana) del conflitto di classe, politico ed economico; Dahrendorf, poi, espone una teoria da applicarsi alle situazioni di conflitto nella società contemporanea, conflitto risolvibile senza una necessaria rivoluzione e forse con una certa preferenza per l'analisi teorica rispetto all'aspetto più propriamente pragmatico (G. Galione, op. cit., pag. 24). Altro problema esaminato da Dahrendorf è quello della *nascita della sociologia* intesa in senso moderno e che ha sempre assillato e che assilla gli studiosi della materia; Dahrendorf risolve quello che è un problema a carattere storico e metodologico e non mera *querelle* accademica, attraverso una analisi storico - sociale: si chiede infatti l'autore: di chi è figlia la sociologia ? (11) La risposta è semplice: secondo Dahrendorf è figlia del cambiamento sociale nel mondo occidentale degli ultimi due secoli (12) e la sociologia, allora, viene a constatare di, e per così dire, ad essere racchiusa, se si vuole, in pochi concetti fondamentali e cioè: *norma, sanzione ed autorità*; (13) come si vede, pertanto, in Dahrendorf l'amore ed il rispetto per l'empiria non è mai disgiunto da un preciso e rigoroso disegno intellettuale e di pensiero sistematico. È una analisi teorica che manca di certezze acquisite nel senso che accetta il conflitto (intellettuale e sociale) e porta ad una teoria politico - sociale di tipo globale ed è una sorta di applicazione dei concetti di quello che l'autore definisce come *illuminismo applicato*. L'uomo, per Dahrendorf, ha in sé (porta in sé) un carattere empirico e un carattere razionale e, pertanto, sfugge all'eventualità di qualsiasi definizione o verifica di carattere meramente ed unicamente pragmatico: "la sociologia non si può fermare ad una semplice analisi del fatto.....la sociologia in quanto scienza che tratta l'uomo, attraverso la sua diffusione e il suo insegnamento,

deve esercitare una azione morale sulla società” (Cfr. G. Galione, op. cit., pag. 31). È anche importante per l’analisi sociologica e per il suo metodo, che si impedisca la *pre - conferma* (o *pre - conformazione*) ideologica che avviene quando si mescolano assieme l’oggetto della scienza sociale e i *giudizi di valore*. È necessario, allora, partire da una categoria sociologica concreta e cioè dal concetto di “ruolo”, da cui si evince che l’uomo è sia uomo economico, sia uomo psicologico, con la conseguenza che l’odierno sviluppo della società comporta che vengano in essere due altri tipi (*idealtipi*) di uomini oggetto di indagine sociale e cioè l’uomo sociologico e l’uomo politico; *l’uomo sociologico* è un essere vivente dotato di fantasia e libertà che fa riferimento e si riferisce ad un *modello* e che è appunto il concetto di *gruppo di riferimento*, concetto elaborato prima di Dahrendorf, da Robert K. Merton; si può dire allora che “l’uomo integrale” è dato da quello che è il ruolo sociale del soggetto che deve impegnarsi a favore della società “nel cosciente tentativo di raggiungere una coesistenza pacifica tra gli uomini” (G. Galione, op. cit., pag. 47). Ed allora, nel pensiero di Ralf Dahrendorf, è particolarmente importante il rapporto *teoria/prassi* che dà luogo al fondamento metodologico della ricerca teorica e/o pratica della sociologia. Secondo la metodologia dahrendorfiana, deve essere risolto il problema preliminare del collegamento tra problemi posti e questioni da risolvere (o risolvibili) e ciò in quanto la scienza sociologica non è solamente mera riflessione politica (14) perché, per l’autore, “chiunque porta un orientamento scientifico ha come obiettivo la conoscenza, anche se oggetto della sua riflessione sono il bene e il male” (Cfr. G. Galione, op. cit., pag. 30). L’importanza di Dahrendorf per la sociologia è data dalla ri - scoperta dei concetti di azione sociale e di ruolo sociale che l’individuo riveste nel contesto sociale, un po’ come un attore interpreta un lavoro teatrale; l’uomo entra sulla scena ed interpreta ruoli che sono sempre in mutamento e modificabili. Quella di Dahrendorf è una *teoria aperta* del contesto situazionale sociale, magari problematica, ma in grado di spiegare i *mutamenti sociali* e le *grandi trasformazioni* della contemporaneità. (G. Galione, op. cit., pagg. 43 e segg.).

5. La libertà e l’eguaglianza. Verso una nuova scienza della politica.

Essenziali della teoria socio - politica e della riflessione di Ralf Dahrendorf sono i concetti di *libertà e eguaglianza*. L’autore proprio per chiarire l’esatta portata dei due concetti parte dall’analisi delle categorie di libertà negativa e libertà positiva. L’eguaglianza, però, per Dahrendorf non è di tipo pre-costituito, ma è una possibilità di opportunità, che trovano il proprio fondamento essenziale nella partecipazione “alla vita politica, civile, sociale di membri che appartengono di diritto alla comunità nazionale” ed è situazione rappresentata dal concetto politico - giuridico di *cittadinanza* (G. Galione, op. cit., pag. 56).

Nel concetto di eguaglianza si inserisce la definizione di libertà che comporta la possibilità di libertà di agire con riferimento alle possibili scelte non solo teoriche, ma anche pratiche, di libertà di operare in *una situazione concreta*. Vi è, allora, l’esigenza di rispettare le decisioni del soggetto e la di lui possibilità di scegliere una alternativa rispetto alle altre, sulla base delle urgenze con cui le alternative si presentano (G. Galione, op. cit., pagg. 52 - 53). Nell’ambito del pensiero di Dahrendorf, ci si deve allora chiedere: qual’ è il rapporto tra libertà (e capacità di libertà) e eguaglianza? Secondo l’autore, una società è libera quando il soggetto ha la possibilità,

come scelta psicologica, di poter rapportarsi ad una società libera, quando la stessa ha come norma la possibilità della libertà e perciò lo studioso auspica una democrazia liberale, in cui si deve (però) tener presente il pericolo che l’eguaglianza prevarichi sulla libertà e/o viceversa: Ralf Dahrendorf è, in definitiva, fautore di una *politica social - liberale* (G. Galione, op. cit., pag. 66).

Infine, allora, vi è una necessità di uscire da una visione meramente utopica delle società in quanto le società utopiche sono società unilaterali che impediscono il raggiungimento della “vera” libertà.

Il tentativo politico di Ralf Dahrendorf è quello di rendere operativo il concetto di libertà di agire, ma tenendo presente la necessità di riformulazione delle problematiche relative “al concetto di eguaglianza” Dove è importante il pensiero dello studioso è quando eleva a *chiave di volta* della modernità il concetto necessario di libertà, che è una nuova libertà le cui condizioni sono l’esito di differenziazione dei risultati, ma con l’eguaglianza della opportunità della partecipazione; inerisce alla libertà ed all’eguaglianza, secondo l’autore, il fondamentale concetto di *chances* di vita che costituisce quello che è un *rapporto collettivo* di opzioni di vita e funzioni sociali; Dahrendorf insiste sul fatto che gli uomini “hanno bisogno di vivere una vita piena” e “hanno bisogno di supporti emotivi per il loro compiuto appagamento”.

In ambito sociologico, poi, l’autore (come si è visto) è da considerarsi come un innovatore e come un fondatore di una nuova teoria sul rapporto delle (tra le) classi e sul conflitto tra le stesse in una società industriale. Con la rivoluzione industriale, infatti, attraverso la *forma del capitale* la proprietà si trasforma da simbolo di rango a “strumento di potere” la cui forza si viene facendo sempre maggiore. Quando una società è toccata da una rivoluzione industriale la differenza tra borghese e proletario diventa una differenza di classe e il concetto di classe diventa una *categoria sociologica* (G. Galione, op. cit., pag. 103). E però Dahrendorf non è un marxista, perché non ritiene strettamente collegati potere politico con potere economico e non ritiene che l’unico cambiamento possibile sia quello rivoluzionario e, neppure, nella situazione attuale, sia possibile parlare di classi in senso marxiano. Per quanto riguarda, infatti, il potere e l’autorità il criterio della proprietà privata non è più valido nel periodo *post - capitalistico*, perché i rapporti di proprietà devono essere considerati semplicemente come una delle possibili manifestazioni “dei rapporti di autorità”. È ovvio che variabili del conflitto sono *l’intensità e la violenza*, ma, secondo Dahrendorf, fra società democratica e società tirannica e fra società libera e società totalitaria, è sempre possibile optare per la democrazia e la libertà. Dahrendorf non è infatti né un marxista, ma neppure un conservatore e per lui, nel rapporto tra sociologia e politica, il conflitto sociale ha la funzione stimolare il mutamento attraverso la situazione (*lo status*) della *cittadinanza*: nella *nuova dimensione delle posizioni sociali* deve sorgere e porsi all’evidenza, allora, la necessità di un nuovo *contratto sociale* per garantire la composizione del conflitto e che si basa su di un “patto di cittadinanza” inteso come forma di inclusione generale, come si vedrà nel paragrafo dedicato al “conflitto”. La *cittadinanza* rappresenterebbe, allora, una *quantità* di diritti da garantirsi in ugual misura, sia nel mercato, sia “nella opinione pubblica politica democratica” (Cfr. G. Galione, op. cit., pag. 128). Ed allora, il termine principale della riflessione dell’autore diventa quello di garantire *al principio della cittadinanza* uno *effettivo valore* pratico, cosa che avviene nella situazione di *compiuta e reale* democrazia.

Ancora, ed allora, diventa essenziale nell'analisi dello studioso il concetto di *anomia* che si ha in una situazione sociale in cui le norme che regolano il comportamento della popolazione hanno perso la loro validità ed effettività. È necessario, in tal caso, operare sul mondo dei *legami* sociali; il problema della *post - modernità* è quello di rafforzare le *legature*, anche con una politica economica di tipo liberale ma, per così dire, dinamica.

6. Le classi sociali. Il conflitto ed suo superamento.

Nelle teorie dahrendorfiane, mai banali e scontate ed, anzi, sempre innovative, riveste, come già detto, carattere essenziale il concetto di classe sociale e lo studio del conflitto fra classi e la sua risoluzione; anzi, secondo la Galione, questa novità di indagine è essenziale per la comprensione dell'epoca del *capitalismo tardo* da parte dei sociologi, degli economisti e degli studiosi di scienza della politica. Essenziale per Dahrendorf, come si è visto, è il concetto di classe, ma anche se in una prospettiva non marxista o a - marxista: ed infatti uno dei suoi lavori più importanti è dedicato al conflitto di classe nella società industriale; il problema non è solo sociologico, ma anche politico e cioè come conciliare la situazione di conflitto e come rendere il conflitto non distruttivo. E tale possibilità è data dal concetto di *cittadinanza* (e dalla applicazione pratica di tale concetto - principio) che subisce un mutamento radicale nel 1800 e nel 1990 in quanto tale *status* si estende a nuove dimensioni e raggiunge una quantità di diritti garantiti a tutti i consociati, anche sostanziali; il liberalismo classico è insufficiente a garantire una situazione di *cittadinanza attiva*, un po' come nelle aspirazioni del pensiero *liberal* o, forse meglio, per taluni aspetti, addirittura *radical*, come direbbero gli statunitensi. È allora necessario, per mantenere un giusto equilibrio tra libertà, uguaglianza e mutamento che vi sia un *nuovo contratto sociale* che dia un'identità ai consociati attribuendo determinati diritti che permettano il sorgere di *status* attraverso una progressiva *estensione* proprio del diritto di cittadinanza, che permette il cambiamento senza rivoluzione (G. Galione, op cit., pagg. 125 e segg.). Lo studioso non è un *contrattualista "classico"* che fa discendere da concezioni divine o da esigenze della natura umana il contratto sociale, per evitare e rendere tollerabile il conflitto; è piuttosto un *neo - contrattualista "empirista"* che vede la necessità politica di un contratto sociale nell'epoca del capitalismo tardo o della *post - modernità*, perché la politica pragmatica gli fa preferire una soluzione politico - normativa che permetta la più ampia possibilità di *inclusione di cittadini* nell'ordinamento, pena, in difetto, la dissoluzione, l'anomia o il conflitto portato ad estreme conseguenze. (15)

7. La democrazia secondo Ralf Dahrendorf.

Il concetto di democrazia è da riferirsi alla possibilità che il processo politico sia processo, in svolgimento, degli interessi e dell'opinione di molti e della loro legittimità; ma la democrazia si scontra con la *burocrazia* dei politici e la *questione istituzionale*: risolvere questi problemi è il compito "della *costituzione di libertà*"; nella prospettiva liberale - progressista di Dahrendorf base della democrazia è il diritto di cittadinanza per tutti, in un mondo di possibili scelte ricche e varie e per far ciò è necessaria una situazione di benessere economico che permetta delle scelte libere e consequenziali. Il liberalismo, pertanto, che si oppone al totalitarismo, è costituito *dalla democrazia e dallo stato di diritto* in cui deve essere possibile generare un ugual livello di opportunità per tutti. La prospettiva di Dahrendorf è quella di fondare istituzioni

democratiche a livello internazionale che rientrino nella gestione della creazione di quella che chiama "*la società civile mondiale*" (Cfr. G. Galione, op. cit., pag. 144). La vera e compiuta democrazia non si basa allora su un egualitarismo formale ed irrealizzabile, ma si deve fondare fra cittadini con eguali diritti (e doveri) e con uguali *chances* di vita e per far ciò è necessario che vi siano delle situazioni economiche almeno non penalizzanti o che impediscano di fatto un esercizio di pari opportunità e facoltà; in questo senso, se Dahrendorf non è un fautore del *welfare* in assoluto, è comunque un sostenitore di uno stato sociale, almeno adeguato; ciò in armonia con il pensiero liberal - socialista (scusandoci per l'ossimoro) dello studioso, in sintonia con le conquiste delle moderne costituzioni politiche, ad esempio, per il nostro Paese, con l'art. 3 della nostra Carta Costituzionale.

Il lavoro della Galione è certamente una novità per il panorama italiano degli studi sociologici ed in specie degli studi su Dahrendorf ed, anche, in particolare, degli studi politici in ordine al suo pensiero. L'autrice, infatti, ha cercato, e riuscendovi in maniera ottimale, di proporre una *storia intellettuale* di Ralf Dahrendorf, ma non fine a se stessa: tenendo sempre presente che lo studioso, cioè, non si è isolato in una torre di avorio, ma ha avuto il merito di scrivere libri e di proporre idee *accessibili ad un più vasto pubblico* e non per la usuale *fruizione elitaria*.

Se non altro lavori come quelli della Galione, si rendono necessari per comprendere come la *globalizzazione* metta in crisi sistemi secolari, ma senza perdere la speranza che anche un mondo globalizzato possa essere *formato* a misura di uomo e non diretto da interessi semplicemente mercantili o meramente economici. Da ciò, anche, consegue una necessità di un approccio a Dahrendorf che non sia mera esegesi, ma che indichi delle linee di sviluppo, dei punti fermi e dei segnali di percorso di tutta una vita di un intellettuale impegnato, anche se Dahrendorf rifuggiva dal termine e dal concetto di *engagement*. È anche vero, poi, che l'ordinamento democratico non è garantito dalla storia: necessita in verità di una sorta di *contratto sociale* tra i cittadini che metta al riparo la società da tentazioni autoritarie e totalitarie. La democrazia, nella concezione liberale di Dahrendorf, si distingue, allora, sia dal corporativismo che dalla burocrazia, entrambi degenerazioni della democrazia, che invece deve assicurarsi la legittimità "creando le *istituzioni promotrici* di iniziative, ma al contempo anche *istituzioni di controllo*", vale a dire un'opposizione legittimata e legalizzata. *Il problema fondamentale allora diviene quello di creare delle istituzioni a carattere democratico e a livello internazionale "che rendano veramente operativa l'integrazione politica e sociale e che pensino alla creazione di una 'società civile mondiale' in cui sia garantita una piena cittadinanza"* (Cfr. G. Galione, op. cit., pagg. 143 - 144).

8. Attualità dahrendorfiana.

Questo *maitre à penser* della sociologia e della scienza politica (16) contemporanee che tanto ha influenzato il pensiero sociologico ma anche la politica del presente, almeno per quanto riguarda i suoi protagonisti più attenti alle ricadute sociali del "politico", meritava un approccio ed un tentativo di inquadramento come quello della Galione: ed infatti, al di là dei meriti scientifici e divulgativi del volume, l'autrice ha posto in essere una sorta di *esercizio espositivo compartecipe e partecipante*, nella migliore tradizione dei cultori degli studi sociali e politici e, se non altro, ha richiamato l'attenzione su di un autore spesso indirettamente citato da studiosi e politici di vari e diversi schieramenti e scuole di pensiero

e che però, spesso, ben si guardano di riconoscere tale debito: (17) ed allora il lavoro della Galione sarà servito, come crediamo negli intendimenti dell'autrice, a mettere nella sua giusta ed evidente luce un Maestro del pensiero, anche filosofico - giuridico, e non solo sociologico - politico, del tempo presente e di quella che si potrebbe definire *post - modernità*. Ed allora, uno dei meriti di Dahrendorf, anche solo da un punto di vista politico - giuridico, è stato quello di porre in evidenza ciò che permette uno sviluppo della società civile: le opportunità (le *chances* di vita) e i legami di appartenenza ad una comunità (*legature*) che danno un senso ed uno scopo alla vita stessa. L'altro grande merito di Dahrendorf è stato quello di aver scritto "libri importanti" non solo per gli addetti ai lavori, ma per "un vasto pubblico" e specialmente per i giovani perché prendano coscienza della importanza vitale del concetto di *libertà*. (18) (G. Galione, op. cit., pag. 146).

9. Conclusioni (ovviamente provvisorie).

Al di là dei pregi espositivi del testo, che ha il grande merito di esporre e proporre ad un vasto pubblico il pensiero di un Maestro contemporaneo, il lavoro della Galione è particolarmente importante (ed interessante) per tre motivi:

- 1) per la chiarezza espositiva;
- 2) per l'importanza oggettiva dell'autore, studiato sia come politico che come sociologo;
- 3) per il carattere di tensione etica che permea tutto il libro. Pare, quindi, il lavoro qui recensito non solo utile, ma anche necessario per chi, anche non addetto ai lavori, voglia farsi una idea "a tutto campo" del pensiero dahrendorfiano; il lavoro della Galione viene così a proporsi (e sotto forma di una compiuta "biografia intellettuale") per colmare un vuoto negli studi su Ralf Dahrendorf nel nostro Paese e viene a essere una sorta di imprescindibile introduzione al pensiero di un Maestro della sociologia e della scienza politica del nostro tempo e anche di un grande filosofo del diritto costituzionale, nell'epoca dell'ascesa e del declino dello Stato sociale e del diritto della *post - modernità*; per adoperare il riferimento dell'autrice a Lewis Mumford, si può affermare, in conclusione ed allora, che anche in un'epoca priva di coraggio e angosciata come quella attuale, se ritroveremo speranza e coraggio non andremo alla ricerca di *lontane utopie*; invero direttamente "le troveremo nei nostri animi e nella terra che calpestiamo, sempre pronte ad alimentare le forze della vita e dell'amore e a rinnovare nell'uomo la coscienza delle sovrumane possibilità" (Cfr. G. Galione, op. cit., pag. 147). (19)

Roberto Negro
Avvocato, Foro di Genova

Note:

- (1) Con tutte le cautele del caso si potrebbe probabilmente parlare di Dahrendorf come di uno studioso anglo - tedesco (e scusandoci per l'ossimoro), anche se egli stesso, proprio nell'intervista rilasciata all'autrice e riportata alla fine del volume, non pare molto d'accordo o concordare su tale definizione; Dahrendorf pone invece (e pertanto) l'accento, comunque, sulla maggior rilevanza di una palese influenza sul suo pensiero della sociologia e del pensiero politico di *area anglosassone*, rispetto all'*area tedesca*.
- (2) Vedi: L. Leonardi, *La minorità incolpevole. Libertà ed eguaglianza nella sociologia di Ralf Dahrendorf*, Milano, 1995; L. Gallino (a cura di), *Diseguaglianza e libertà in Europa*, Roma, 1993; L. Cavalli, *Sociologia del*

nostro tempo, Bologna, 1973; S. Veca, *Cittadinanza. Riflessioni filosofiche sull'idea di emancipazione*, Milano, 1990. Non si dovrebbe, poi, dimenticare il fatto che l'importanza dell'influenza del pensiero di R. Dahrendorf sulla scienza della sociologia e sulla scienza politica contemporanea deriva, non solo dalla validità delle teorie, ma anche dall'impegno, in concreto, nell'attività politica dell'autore.

(3) Dahrendorf ha certamente influito su notissimi sociologi e politici, anche se non sempre gli stessi hanno riconosciuto il loro debito nei suoi confronti.

(4) Il pensiero *liberale aperto* e non a carattere conservatore dello studioso, lo porta a distinguere la libertà dei diritti, dai diritti sostanziali di libertà, che sono assicurati solo da un ordinamento che offra ai cittadini eguali *chances* di vita, come si esprime Ralf Dahrendorf stesso.

(5) R. Dahrendorf, come sottolinea la Galione, non ha mai disdegnato, anche se la cosa gli ha qualche volta procurato incomprensioni, di *impegnarsi attivamente* in politica; peraltro vi sono state situazioni di sociologi interessati in maniera attiva alla politica, basti pensare a Gaetano Mosca e a Vilfredo Pareto in Italia e a Jurgen Habermas o a Theodor W. Adorno in Germania.

(6) Il liberalismo politico di Dahrendorf è comunque (e certamente) *eterodosso* rispetto al pensiero liberale "classico".

(7) Forse l'intellettuale inglese che più assomiglia, anche sotto il profilo delle teorie politiche, a Dahrendorf è il più anziano Bertrand Russell; e tra gli italiani, Norberto Bobbio.

(8) La Galione ricorda, anche per completezza biografica, la palese incomprensione (una vera e propria incompatibilità), per non dire ostilità di Dahrendorf per T.W. Adorno e M. Horkheimer, con i quali collaborò per brevissimo tempo ed in modo tempestoso (per non dire, francamente, conflittuale).

(9) Non per niente nel titolo del lavoro della Galione si parla di "una biografia intellettuale".

(10) Che è un'opera, nonostante il titolo, che esamina il cd.. conflitto di classe in una prospettiva *non marxiana*.

(11) Si tratta di una domanda che sempre si sono posti i sociologi non meramente dedicati alla ricerca empirica.

(12) La sociologia nasce con lo sviluppo del capitalismo su scala mondiale ed è una risposta, talvolta agiografica, talvolta critica e talvolta di critica radicale, sul problema della condizione umana nell'epoca del compiuto dominio della tecnica e del contrasto, forse illusorio, fallace e fuorviante, tra *civiltà* ed *inciviltamento*.

(13) Che poi sono i temi tipici della riflessione sociologica e della analisi della "filosofia sociale".

(14) O meglio, non è solo politica.

(15) Pur nella irriducibilità sostanziale e la incompatibilità con C. Schmitt, Dahrendorf si avvicina alle tesi schmittiane contenute in "Dialogo sul potere" (Genova, 2006), quando Schmitt afferma che un *contratto sociale* può venire in essere solo se si abbandona l'antitesi di *homo homini lupus* o di *homo homini deus* per pervenire alla sintesi di *homo homini homo*.

(16) Dahrendorf non pare collegabile tanto alla tradizione tedesca di F. Tonnies e C. Schmitt, quanto piuttosto alla tradizione anglo - sassone di J. Stuart Mill e di L. T. Hobhouse. E, perché no? di Bertrand Russell, come si è già accennato.

(17) Che se poi si possa far risalire alle tesi dahrendorfiane il (purtroppo spesso ripetuto, ma ai livelli di mero slogan), *mantra* mediatico: "la libertà è partecipazione", questa, direbbe Kipling, è forse un'altra storia, ma di cui certamente non ne è colpevole lo studioso.

(18) Che non è una parola vuota, ma significa *impegno* personale e politico.

(19) Il riferimento e la citazione sono tratti dall'autrice da L. Mumford, *Storia dell'utopia*, Roma, 1997, pag. 9.

Sezione famiglia e minori

Sentenze e Ordinanze

Tribunale per i Minorenni di Genova, decreto 26 settembre 2012 n. 601 - Pres. Sansa - Est. Tondina.

FILIAZIONE – figli di genitori non coniugati – trasferimento di residenza del minore in altro Paese UE– Regolamento CE 2201/2003 art. 8 – competenza a statuire sulla responsabilità genitoriale – Giudice del Paese dove il minore risiede abitualmente al momento della domanda – irrilevanza del trasferimento successivo, anche non illecito – art. 15 – competenza eccezionale del Giudice del Paese con il quale il minore abbia un legame particolare – presupposti e conseguenze.

Se la residenza abituale del minore è in Italia al momento della presentazione del ricorso di un genitore, il Tribunale per i Minorenni adito è competente a conoscere della causa relativa alla regolamentazione dell'affidamento. Ai fini della competenza del giudice italiano adito, è irrilevante il trasferimento internazionale del minore, anche non illecito, successivo al deposito del ricorso.

Non costituisce trasferimento illecito di minore la condotta del genitore presso il quale il minore risiede, che in assenza di vincoli discendenti dal regime di affidamento vigente trasferisca il figlio in un altro Stato UE.

Sussistono i presupposti per attivare la competenza eccezionale di altro Stato membro UE ai sensi dell'art. 15 Reg. CE 2201/2003 quando, successivamente al deposito del ricorso, il minore e la madre si sono trasferiti in Francia, il minore è anche cittadino francese, e anche il padre risiede in Francia.

Presupposto del trasferimento della causa ai sensi dell'art. 15 Reg. CE 2201/2003 è che almeno una delle parti sostanziali lo accetti.

Quando uno dei genitori, rimasto contumace nel procedimento davanti al Tribunale per i Minorenni, abbia adito il corrispondente Giudice dello Stato membro UE per la regolamentazione dell'affidamento, il presupposto sussiste.

In caso di applicazione dell'art. 15 Reg. CE 2201/2003 il Giudice può scegliere se indicare alle parti di riassumere la causa davanti al Giudice dell'altro Stato membro UE, o chiedere direttamente a tale Giudice di assumere la competenza della causa, sospendendo il processo per il termine di sei settimane entro il quale il Giudice dell'altro Stato membro UE farà conoscere se intende assumere la competenza.

(... Omissis...)

Rilevato che il minore BB, nato nel 2004, è figlio di genitori non coniugati, non più conviventi; che il padre, con ricorso depositato a questo Tribunale il giorno 3.7.2012 esponeva che: la coppia genitoriale aveva convissuto dalla nascita del figlio fino al 2006 in Savoia - Francia; alla cessazione della convivenza, decisa dalla madre, ella si trasferiva a Vence, in Costa Azzurra, andando a convivere con altro uomo, e conduceva il bambino con sé; dopo poco tempo si trasferiva a La Goude; nel febbraio 2007 il padre di trasferiva a Villeneuve Loubet, allo scopo di poter avere più agevoli rapporti con il figlio; la madre si trasferiva nuovamente, insieme a BB, a Cagnes sur Mer, ed instaurava una convivenza con un uomo, da cui aveva altri due figli;

infine, nel 2009, la madre si trasferiva a Ventimiglia, dove BB frequentava la scuola elementare;

la madre avrebbe riferito al sua intenzione di trasferirsi nuovamente in Savoia,

il difensore del padre aveva inviato una raccomandata alla madre (15.6.2012), formalmente diffidandola dal cambiare la residenza al bambino, senza risposta da parte della madre; che il padre ritiene inadeguato al benessere del figlio un altro trasferimento, che lo avrebbe destabilizzato, costringendolo a reinserirsi in una scuola diversa con lingua e metodologia diversa (il bambino ha difficoltà relazionali e ritardo cognitivo, e risulta seguito da insegnante di sostegno con rapporto 1:1 per 22 ore settimanali, con programmazione individualizzata);

il padre inoltre ritiene che la madre non segua adeguatamente il figlio, non lo protegga dalla violenta conflittualità che si produce fra la madre e il compagno di lei, renda difficili i rapporti fra il bambino e il padre;

che pertanto il padre richiedeva l'affidamento esclusivo del minore a sé, fermo restando che le decisioni più importanti per la vita del figlio fossero concordate fra i genitori; un congruo diritto di visita per la madre, compatibilmente con le esigenze di studio e di vita del bambino; prospettava la sua intenzione di fissare la propria residenza avvicinandola al confine italiano, in modo da permettere al figlio di continuare ad andare a scuola a Ventimiglia;

che con decreto 6.7.2012 veniva disposta la comparizione dei genitori per l'udienza del 19.9.2012;

che la madre non si costituiva, e non compariva all'udienza; che la madre inviava al Tribunale due lettere, affermando che non si sarebbe presentata all'udienza, perché aveva già iniziato una procedura in Francia (davanti al Tribunale di Grand'Istanza di Albertville) e che non riconosceva la competenza del giudice italiano perché ella aveva lasciato Ventimiglia dal 30.5.2012, si era trasferita in Francia ed anche il padre risiedeva in Francia; che la convivenza si era interrotta nel 2007 e che i genitori avevano fatto un percorso di mediazione ed un accordo per la collocazione del figlio presso la madre; che il padre si era interessato poco della vita del bambino; che erano false le circostanze riferite dal padre per mettere in dubbio il suo equilibrio psichico; e che -temendo un "colpo di scena" da parte del padre- non avrebbe mandato BB, come invece aveva fatto negli anni passati, a trascorrere un mese di vacanza in Sicilia con i nonni paterni; ella inviava anche copia della lettera di convocazione da parte del Tribunale di Gran'Istanza di Albertville, per l'udienza del 27.9.2012; ribadiva che il bambino era in regime di "garde alternee", ed aveva perciò una residenza anche presso il padre in Villeneuve Loubet;

che all'udienza del 19.9.2012 il padre compariva, e produceva: - copia del ricorso, regolarmente notificata alla madre sia nella residenza italiana, sia nel domicilio in Francia; e produceva inoltre:

- certificato di residenza storico della madre, rilasciato dal Comune di Ventimiglia, da cui la madre risultava "cancellata per espatrio" con decorrenza dall'8.8.2012;

- certificazione della scuola di Ventimiglia, da cui risulta che il bambino BB ha frequentato regolarmente la scuola ele-

mentare, durante gli anni scolastici 2010/2011 e 2011/2012, ed è iscritto alla classe terza per l'anno scolastico 2012/2013; che è stato assistito con insegnante di sostegno con rapporto 1:1 per 22 ore settimanali e da un'assistente del Comune per 4 ore settimanali; che attualmente non frequenta la scuola, e che la madre ha in modo informale comunicato che si sarebbe trasferita in Francia con il bambino;

- certificato della psicomotricista, da cui risulta che il bambino presenta una difficoltà relazionale e ritardo cognitivo, che ha tratto beneficio dalle sedute di psicomotricità (pagate dal padre, come documentato da ricevute prodotte), che ha necessità di proseguire la psicomotricità anche con più sedute settimanali; la terapeuta ritiene necessario inoltre affiancare i genitori nel percorso relazionale-educativo;

- copia del ricorso presentato dalla madre al Tribunale di Grand'Istanza di Albertville, depositato il 18.7.2012; che il padre insisteva nella sua richiesta di collocamento del figlio presso di sé, prospettando il proprio trasferimento a Ventimiglia, al fine di consentire la prosecuzione dell'inserimento scolastico del bambino nella scuola da lui già conosciuta e frequentata;

egli precisava di aver regolarmente contribuito al mantenimento del figlio, versando mensilmente alla madre tra i 200 e i 250 euro al mese;

Visto il parere del Pubblico Ministero, il quale chiede che, affermata la competenza del Tribunale per i Minorenni di Genova ai sensi dell'art. 8 Regolamento CE n. 2201/2003, siano nuovamente convocate la parti al fine di consentire il raggiungimento di accordi sull'affidamento e sul mantenimento del figlio;

Ritenuto che la domanda proposta è attinente alla responsabilità genitoriale e al diritto di affidamento;

che secondo l'art. 8 Reg. CE n. 2201/2003 "1. Le autorità giurisdizionali di uno Stato membro sono competenti per le domande relative alla responsabilità genitoriale su un minore, se il minore risiede abitualmente in quello Stato membro alla data in cui sono aditi"; tale disposto va interpretato alla luce del punto n. 12 dei "considerato", secondo cui "È opportuno che le regole di competenza in materia di responsabilità genitoriale accolte nel presente regolamento si informino all'interesse superiore del minore e in particolare al criterio di vicinanza. Ciò significa che la competenza giurisdizionale appartiene anzitutto ai giudici dello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente, salvo ove si verifichi un cambiamento della sua residenza o in caso di accordo fra i titolari della responsabilità genitoriale"; le eccezioni al generale principio di cui all'articolo 8 par. 1 sono disciplinate ai seguenti articoli 9, 10 e 12, ma il presente caso non rientra in alcuna di tali previsioni;

che, ai sensi dell'art. 17 reg.cit., l'autorità giudiziaria non competente adita deve dichiarare d'ufficio la sua incompetenza; che la madre non si è costituita, ed ha solamente inviato fotocopie di missive manoscritte, di cui non può essere stabilita l'autenticità o la veridicità;

che il giudice delegato ha disposto accertamenti per mezzo dei Carabinieri per verificare quando sia stato di fatto trasferita la residenza del nucleo familiare: secondo quanto accertato dai Carabinieri (fax 25.9.2012 CC Ventimiglia Alta), il trasloco del nucleo avveniva nei primi giorni di agosto 2012, e perciò in data successiva alla presentazione del ricorso da parte del padre;

Ritenuto che pertanto ai sensi dell'art. 8 Regolamento CE 27.11.2003 n. 2201, sussisterebbe la competenza del giudice italiano ed infatti:

il minore BB è stato stabilmente residente dal 2009 nel Comune di Ventimiglia, dove ha abitato insieme alla madre, al convivente di lei e alle due sorelle, figlie della coppia; ha frequentato le scuole, è stato seguito dalla psicomotricista; egli era ancora residente in Ventimiglia, sia considerando le registrazioni dell'anagrafe, sia di fatto (poiché il trasloco della famiglia è avvenuto nei primi giorni di agosto 2012), quando il padre ha proposto il ricorso;

Ritenuto peraltro che, nel presente caso, è appropriato fare riferimento all'art. 15 Regolamento CE 2201/2003, secondo cui "in via eccezionale le autorità giurisdizionali di uno Stato membro competenti a conoscere del merito, qualora ritengano che l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro con il quale il minore abbia un legame particolare sia più adatto a trattare il caso o una sua parte specifica e ove ciò corrisponda all'interesse superiore del minore" possono alternativamente invitare le parti a riassumere la causa davanti ad un giudice di altro Stato membro della UE, o chiedere a tale giudice di assumere la competenza della causa, ai sensi del paragrafo 5 dello stesso articolo;

Ritenuto che nel presente caso il giudice francese, ed in particolare il giudice del Tribunale di Grand'Istanza di Albertville sia più adatto a trattare il caso in quanto:

il bambino BB si trova attualmente in Francia, e il suo trasferimento non può considerarsi un trasferimento illecito ai sensi della Convenzione dell'Aja 25.10.1980;

egli è cittadino francese, oltre che cittadino italiano, ed entrambi i suoi genitori risiedono al momento in Francia;

se certamente il suo trasferimento in Francia procurerà a BB molte difficoltà sul piano scolastico e delle cure (egli infatti ha un ritardo cognitivo; ha seguito finora e per due anni, con notevoli difficoltà, gli insegnamenti in lingua italiana, e dovrà ricominciare dall'inizio gli apprendimenti, anche di lettura e scrittura, in lingua francese) tuttavia questo aspetto deve essere valutato insieme ad altri (ad es. l'inserimento nel nucleo della madre, la qualità del rapporto con ciascuno dei genitori, i legami creati specie con le sorelle);

per regolamentare il suo affidamento il giudice dovrà conoscere la condizione del bambino, valutare il suo inserimento nella famiglia della madre, e la maggiore o minore capacità di ciascuno dei genitori, tutti accertamenti che si potranno fare in Francia con minore difficoltà e minori spostamenti per il bambino;

il bambino non potrebbe, nel momento attuale, essere fatto rientrare a Ventimiglia, dove non risiedono né suo padre, né sua madre;

che il trasferimento della causa è certamente accettato da una delle parti sostanziali, la madre, che ha proposto infatti ricorso davanti al giudice francese;

che pertanto il presente giudizio va sospeso e il presente decreto trasmesso Tribunale di Grand'Istanza di Albertville, che ai sensi dell'art. 15 paragrafo 5 Regolamento CE 2201/2003 entro il periodo di sei settimane farà conoscere a questo Tribunale se accetta la competenza;

P.Q.M.

Dispone la sospensione del procedimento; la trasmissione con urgenza a mezzo fax del presente provvedimento al Tribunale di Grand'Istanza d'Albertville, riferimento Procedure de droit Commun devant le J.A.F. Rg. n. —, audience 27 settembre 2012;

il quale nei termini previsti farà sapere a questo Tribunale se intende assumere la competenza a trattare il ricorso di XX. Efficacia immediata.

Documenti

Meccanismi negoziali a protezione dei soggetti deboli

Gilda Ferrando

Professore Ordinario nell'Università di Genova

Sommario: 1. *Introduzione.* - 2. *Meccanismi negoziali a tutela dei diritti personali. Il testamento biologico.* - 3. *Meccanismi negoziali patrimoniali.* - 4. *I limiti del diritto successorio italiano.* - 5. *Fondazioni di famiglia e enti non profit.* - 6. *Trust e vincoli di destinazione.* - 7. *Vendita della nuda proprietà e vitalizio assistenziale.*

1. Introduzione.

In Italia la riforma delle misure di protezione dei soggetti deboli è stata attuata con la legge n. 6 del 2004. La legge modifica il codice civile ed affianca agli istituti tradizionali dell'interdizione e dell'inabilitazione un nuovo istituto: l'amministrazione di sostegno. L'amministrazione di sostegno diventa lo strumento principale di protezione, mentre gli altri hanno ormai un valore residuale, sia nelle intenzioni del legislatore (artt. 404, 418 c.c.), sia nella prassi giudiziaria.

La legge si propone come scopo (enunciato all'art. 1) quello di "tutelare con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte dell'autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente". Essa si applica (art. 404) ad ogni persona che, "per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi", costituendo uno strumento di protezione per tutti coloro che, a causa di una infermità o menomazione, non sono in grado di provvedere alle proprie esigenze di vita ed hanno bisogno di aiuto e sostegno.

L'art. 404 ha una portata molto ampia in quanto comprende ogni tipo di infermità o menomazione, di tipo psichico o fisico, anche parziale o temporanea. Non solo, dunque, infermità mentali, e non solo gravi infermità mentali, ma ogni genere di disturbo, di invalidità fisica, le più varie forme di labilità psichica, che determinano l'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi e per le quali si riscontra la necessità di forme di assistenza e sostegno.

Il giudice nomina un amministratore di sostegno, possibilmente scelto tra i parenti più stretti o i conviventi, al quale attribuisce i poteri necessari alla protezione del disabile.

I compiti dell'amministratore di sostegno non sono definiti una volta per tutte da legislatore: è il provvedimento di nomina che di volta in volta individua l'"oggetto dell'incarico" e gli "atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere" (art. 405). Le idee guida del nuovo istituto sono flessibilità e proporzionalità. Flessibilità significa che è il giudice - tenuto conto delle esigenze di protezione di ciascun disabile, delle più o meno vaste zone di consapevolezza e lucidità che egli ancora possiede - ad indicare nel provvedimento i compiti dell'amministratore: gli atti che egli può compiere in nome e per conto del disabile, quelli che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'am-

ministratore di sostegno, i termini di durata dell'incarico (art. 405), fermo restando che, per tutti gli atti che non formano oggetto dell'incarico, il beneficiario conserva la capacità d'agire (art. 409). Il beneficiario, dunque, non è legittimato a compiere gli atti in relazione ai quali all'amministratore è attribuito un potere di rappresentanza "esclusiva" (come precisa l'art. 409), ma conserva la propria capacità in relazione a "tutti" gli altri atti. Proporzionalità significa che il provvedimento deve essere adeguato alle condizioni del beneficiario: deve circoscrivere al minimo indispensabile la limitazione di capacità del beneficiario. Non deve togliergli più capacità di quanta non occorra a garantirgli la protezione dei suoi interessi personali e patrimoniali, dandogli in più tutta l'assistenza di cui ha bisogno per le sue esigenze esistenziali.

Un ultimo punto va sottolineato: l'idea guida della legge n. 6/2004 è quella di valorizzare al massimo le possibilità di autodeterminazione dell'interessato. Tra i doveri dell'amministratore vi è quello di tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del disabile, di tenerlo informato delle iniziative che intende prendere e di comunicare al giudice il suo eventuale dissenso (art. 410). Se ne trova riscontro nella disciplina del procedimento, dove l'istanza per la nomina dell'amministratore di sostegno può essere proposta dallo stesso beneficiario "anche se minore o interdetto" (art. 406). E si aggiunge che il giudice deve tener conto dei bisogni e delle richieste fatte dall'interessato (art. 407).

Da questo punto di vista la legge italiana è coerente con le regole contenute nella convenzione di New York 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili (ratificata dall'Italia con l. 3 marzo 2009, n. 18) secondo la quale "Gli Stati devono assicurare che le misure relative all'esercizio della capacità giuridica rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona, che siano scevre da ogni conflitto d'interesse e da ogni influenza indebita, che siano proporzionate e adatte alle condizioni della persona, che siano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte di un'autorità competente, indipendente e imparziale o da un organo giudiziario".

La convenzione prefigura, quindi, misure di protezione adatte e proporzionate che devono essere applicate per il più breve tempo possibile, con l'obbligo di verifica costante e concreta dell'attualità dei presupposti. Essa sembra quindi confermare la bontà della linea seguita dalla legge italiana, intesa a valorizzare e promuovere l'autonomia residua della persona e non ad emarginare ed escludere.

2. Meccanismi negoziali a tutela dei diritti personali. Il testamento biologico.

La nuova legge ha molti pregi ma anche alcuni limiti. Essa introduce una nuova figura con compiti di rappresentanza, di sostituzione del disabile. All'amministratore di sostegno vengono attribuiti anche poteri di cura della persona, di protezione dei diritti di natura personale, senza tuttavia disciplinare in modo esauriente i suoi poteri in questo campo. Questo crea numerosi problemi soprattutto per quel che riguarda la salute, il consenso al trattamento medico, ed eventualmente la possibilità di rifiutare trattamenti non desiderati.

Ci si chiede, in particolare, se l'interessato possa manifestare anticipatamente la propria volontà di ricevere o di rifiutare trattamenti medici, possa predisporre direttive anticipate alla quali

dovrà attenersi l'amministratore di sostegno nell'eventualità in cui venga meno l'autonomia decisionale.

In Italia non esiste una disciplina legislativa delle disposizioni anticipate di trattamento (testamento biologico, living will, come altrimenti vengono chiamate). Il progetto di legge all'esame del Parlamento (1) limita fortemente l'autonomia decisionale della persona e per questo in molti si augurano che non venga mai approvato.

Il testamento biologico costituisce, nei Paesi che lo disciplinano (e sono ormai numerosi in Europa), un importante strumento negoziale con cui viene manifestata l'autonomia individuale in un campo di fondamentale importanza: quello del rispetto della persona, della sua dignità, della sua salute e integrità fisica.

La mancanza di una legge determina in Italia una situazione di grande incertezza, sia per quanto riguarda la responsabilità del medico che decide di sospendere trattamenti ritenuti inefficaci o sproporzionati rispetto alle condizioni del paziente, sia per quanto riguarda i poteri decisionali dei parenti e del rappresentante legale (tutore, amministratore di sostegno).

L'elaborazione giurisprudenziale, anche in Italia, ha ormai da tempo attribuito al consenso informato del paziente un ruolo centrale nel campo della salute e della sanità. Il suo fondamento costituzionale risiede negli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione, nella tutela della dignità, della libertà e della salute. È tuttavia discusso se il consenso debba essere necessariamente manifestato dal paziente in modo personale ed attuale (vale a dire contestualmente al manifestarsi della malattia), o se possa invece essere manifestato anticipatamente, in direttive la cui attuazione è affidata, quando il paziente è divenuto incapace o incosciente, ad una persona di fiducia, ed eventualmente se possa essere anche manifestato dal rappresentante legale (2).

In mancanza di una disciplina legislativa si fa riferimento al codice di deontologia medica ed alla Convenzione di Oviedo. È vero che né l'uno né l'altro testo attribuiscono alle direttive effetti vincolanti, in quanto si limitano a prescrivere che il medico ne tenga conto, ma questo non significa che esse siano prive di ogni valore.

La Corte di Cassazione ha chiarito che la richiesta di non essere sottoposto a terapie o di sospendere quelle già intraprese non ha nulla a che vedere con l'eutanasia (3), vale a dire con la richiesta da parte di un malato senza speranza, afflitto da intollerabili sofferenze, di porre fine alla propria vita mediante la somministrazione di un farmaco letale. E tanto meno con il suicidio.

Riguarda invece il diritto del malato di chiedere che il processo biologico proceda secondo il suo iter, riguarda il diritto di essere padroni delle tecnologie applicate alla nostra persona e non prigionieri di esse. Riguarda infine i modi in cui garantire questo diritto quando il paziente non sia più in grado di esprimere direttamente la propria volontà.

La Corte di Cassazione, in una importante sentenza, relativa al caso di una giovane donna (Eluana Englaro) in stato vegetativo permanente da più di 17 anni, ha riconosciuto il valore delle direttive anticipate ed ha inoltre riconosciuto al tutore il potere di chiedere la sospensione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiale.

Il punto di partenza del ragionamento della S. C. è il seguente: la perdita di coscienza non può determinare anche la perdita di diritti fondamentali. Ci sono gli strumenti per far valere l'autodeterminazione oltre la soglia della perdita di coscienza, evitando quella che altrimenti sarebbe una inammissibile violazione del principio di eguaglianza.

La Corte di cassazione ha riconosciuto al rappresentante legale i poteri necessari (4). Ha infatti chiarito che il tutore non ha solo

poteri di rappresentanza in senso tecnico, che si esplicano nel campo dei rapporti patrimoniali disponibili, mentre i diritti personalissimi sono, in linea di principio, insuscettibili di rappresentanza.

Oltre alla rappresentanza in senso proprio il tutore (ed ora anche l'amministratore di sostegno) ha, tuttavia, anche compiti di cura della persona, che riguardano l'esercizio di diritti personali relativi alla sfera morale e fisica dell'individuo. In relazione alla cura della persona, il tutore non ha un autonomo potere di decisione (sia pur finalizzato al perseguimento dell'interesse del rappresentato e per questo talvolta soggetto a controllo giudiziale: artt. 374 ss. cc.) in quanto deve agire per il "diretto beneficio" dell'incapace (Convenzione di Oviedo, art. 6), il che vuol dire nel rispetto della personalità dell'incapace.

Nel caso di decisioni di carattere straordinario e dell'idratazione forzata in paziente in SVP, la S.C. ha stabilito che il tutore (o l'amministratore di sostegno) (5) possono chiedere autorizzazione al giudice il quale deve verificare il carattere irreversibile dello stato di incoscienza, e l'esistenza di una volontà dell'interessato esplicitamente manifestata, eventualmente in un testamento biologico, o che risulti anche implicitamente ma inequivocabilmente dalle sue convinzioni, dal suo stile di vita, dalla sua complessiva personalità (6).

La sentenza della S.C. ha posto il principio secondo cui nel caso di incapacità, il tutore o l'amministratore di sostegno nominati dal giudice possono esprimere il consenso e il dissenso a trattamenti medici, nel rispetto della volontà dell'interessato (7). La sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione forzata comporta una limitazione degli obblighi di cura, non l'esonero totale del medico, dovendo egli continuare le altre forme di assistenza richieste dalla situazione di ciascun paziente. Il paziente in SVP è ancora in vita, secondo quelli che sono i criteri di accertamento della morte fissati dalla nostra legge, ma questo non significa che non possa essere rifiutata la prosecuzione di trattamenti che mantengono in una condizione senza possibilità di relazione con gli altri e con il mondo esterno.

In altra occasione la S.C. corte si è spinta oltre affermando che il dissenso alla trasfusione di sangue potrebbe essere espresso anche dallo stesso interessato in dichiarazioni anticipate circostanziate da cui risulti la piena consapevolezza delle conseguenze del rifiuto e l'accettazione dei rischi conseguenti, oppure da un "rappresentante ad acta", intendendosi in tal modo fare riferimento alla persona alla quale l'interessato abbia dato lo specifico incarico fiduciario di farsi portavoce del suo rifiuto nel caso di impossibilità di prestarlo personalmente (8).

L'incertezza attualmente esistente sul valore giuridico dei *living will*, i tempi necessari per la nomina del rappresentante legale a posteriori, dopo l'insorgenza dell'incapacità, hanno suggerito nella prassi il ricorso a strumenti che consentano di anticipare la pianificazione delle cure, in modo che sia già designato il sostituto nel momento in cui si rende necessario esprimere, o rifiutare, il consenso.

Nell'attuale quadro normativo, la disciplina dell'amministrazione di sostegno è stata considerata adatta allo scopo, tenuto conto della sua ratio complessiva e del tenore di alcune sue disposizioni.

L'idea guida della legge n. 6/2004 è quella di valorizzare al massimo le possibilità di autodeterminazione dell'interessato. L'art. 408 prevede che la scelta dell'amministratore possa essere fatta "dallo stesso interessato, in previsione della propria futura incapacità" (art. 408). È pur sempre il giudice a nominare l'amministratore, ma la designazione da parte dell'interessato costituisce criterio preferenziale di scelta. In tal modo la volontà attuale si

proietta verso il futuro, quando la persona non sarà più in grado di esprimere una decisione libera e consapevole. La scelta di una persona di fiducia offre maggiori garanzie che le decisioni, specie quelle di natura esistenziale, vengano prese nel rispetto della personalità del beneficiario.

In questo spirito si ammette che l'interessato possa integrare la designazione con l'indicazione di "direttive anticipate", linee guida da seguire nel prendere decisioni cruciali. In caso di perdita della coscienza l'amministratore dovrà conformare le proprie scelte al rispetto della personalità dell'interessato e tener conto delle volontà precedentemente espresse (9). La nomina anticipata dell'amministratore di sostegno a favore Testimoni di Geova è stata disposta da alcuni giudici proprio allo scopo di far rispettare la loro volontà contraria alle trasfusioni (10).

Altre volte la nomina anticipata è stata chiesta nell'imminenza di un ricovero o di un intervento, perché l'amministratore esprima, se ce ne fosse bisogno, l'intenzione di non essere sottoposti a trattamenti di rianimazione destinati a protrarre inutilmente il processo del morire (11).

Altre volte ancora la nomina è stata richiesta da persone senza attuali problemi di salute allo scopo di far valere la propria volontà di non essere sottoposti a trasfusione, a trattamenti di rianimazione, o ad altri trattamenti non voluti, nell'eventualità futura di trovarsi in una situazione di incoscienza senza speranze (12).

Si tratta di letture della legge n. 6/2004, delle sue disposizioni e della sua ratio, notevolmente controverse in giurisprudenza ed in dottrina (13).

Anche quando non si esprimano obiezioni di principio all'impiego dell'amministrazione di sostegno per dare disposizioni anticipate di trattamento, si fa notare che l'art. 408 si limita a prevedere la designazione anticipata fatta dall'interessato per atto pubblico. Mentre la nomina da parte del giudice tutelare è prevista solo nell'attualità della perdita di autonomia (art. 404) (14). È per questo che si ritiene compatibile con il dettato normativo solo quella lettura che ammette la nomina esclusivamente se fatta in vista di una imminente potenziale esigenza di protezione del soggetto in occasione del trattamento di una patologia già nota all'interessato (15).

I provvedimenti favorevoli alla nomina anticipata forzano la lettera della norma nell'assunto, in sé condivisibile, che la perdita di coscienza non può determinare anche la perdita di diritti e libertà fondamentali, dell'autodeterminazione nelle scelte personali, in quelle inerenti alla salute. L'amministratore di sostegno viene in tal modo a ristabilire il dialogo tra medico e paziente, rende possibile la rappresentazione dell'universo esistenziale del primo. E vengono valorizzate le potenzialità di un istituto che costituisce, prima ancora che una figura di rappresentanza, una misura di sostegno attivo specie per quel che riguarda i diritti di natura personale.

3. Meccanismi negoziali patrimoniali.

Per quel che riguarda la protezione del patrimonio del disabile, la legge italiana attribuisce all'amministratore di sostegno i poteri di rappresentanza per gli atti di volta in volta individuati nel provvedimento di nomina o successivamente ad esso e prevede inoltre l'autorizzazione del giudice per quelli più rilevanti (art. 411 c.c.).

Si può intanto osservare che, in relazione ai criteri di gestione del patrimonio del disabile da parte dell'amministratore, l'intonazione complessiva della legge, la sua preminente considerazione per la cura della persona, si riflette sulla valutazione dell'interesse del beneficiario ad atti patrimoniali dispositivi e può indirizzare verso scelte orientate non alla conservazione, ma a un

oculato impiego dei beni del disabile per soddisfare le esigenze esistenziali della persona. Nell'autorizzare gli atti dispositivi (ex art. 374 ss. c.c.) il giudice dovrà far proprio questo punto di vista. Se si confronta la legge italiana con quella spagnola si può notare come in Italia l'attenzione sia caduta sulla tutela civile, sui meccanismi di sostituzione/assistenza nel compimento degli atti patrimoniali e personali. La preoccupazione è quella della conservazione e dell'oculata gestione del patrimonio che il beneficiario già possiede.

Non ci si è invece dati carico di individuare gli strumenti per favorire la destinazione di risorse economiche al soddisfacimento dei bisogni esistenziali dei disabili (16).

Una delle preoccupazioni più avvertite dai familiari di persone con disabilità è quella predisporre forme di tutela patrimoniale idonee a garantire condizioni di vita dignitose al congiunto anche quando loro non ci saranno più: è il c.d. problema del "dopo di noi".

Nella prassi vengono utilizzati gli strumenti a disposizione dell'autonomia privata: contratto di vitalizio, nelle sue diverse tipologie (17), fondazioni di famiglia, trasferimenti di proprietà con riserva di usufrutto, disposizioni fedecommissarie, nei limiti attualmente consentiti.

Talvolta si ricorre al trust che, pur non essendo previsto dalla legge italiana, viene valorizzato da una certa prassi notarile (18). Una recente riforma, con disposizione ambigua e di difficile applicazione, ha reso possibile la trascrizione del vincolo di destinazione su beni immobili (o mobili registrati) per finalità meritevoli di tutela, specie se relative a persone con disabilità (art. 2645 ter, c.c., introdotto dalla l. n. 273/2005), rendendo in tal modo il vincolo opponibile a terzi (19). Siamo tuttavia ancora lontani dalla previsione di un patrimonio di destinazione a tutela del disabile (20).

4. I limiti del diritto successorio italiano.

Gli strumenti dell'autonomia privata incontrano poi una barriera rigida nelle disposizioni in materia successoria. Ogni disposizione a favore del figlio disabile deve infatti fare i conti con il divieto dei patti successori e con la riserva a favore di tutti i figli e del coniuge di un'ampia porzione del patrimonio ereditario. Si aggiunga che la quota di legittima non è rinunciabile durante la vita del soggetto della cui successione si tratta e che la circostanza che uno dei legittimari si trovi in condizione di disabilità è del tutto irrilevante. Il genitore, dunque, può favorire il figlio disabile solo nei limiti della disponibile, ma non potrebbe, neppure con l'accordo degli altri legittimari, disporre a favore del disabile di una porzione maggiore, dato che la nullità di questo patto potrebbe essere fatta valere anche da eventuali eredi del legittimario pretermesso.

Il divieto dei patti successori non interferisce con gli atti di disposizione che comportino effetti immediati, durante la vita del disponente. Va tuttavia considerato che ove si tratti di donazioni o di altre liberalità a favore del disabile esse potrebbero esporlo comunque alle pretese dei legittimari nell'ipotesi in cui al momento della morte del donante il patrimonio relitto abbia un ammontare tale per cui le liberalità risultino lesive della legittima. Se poi si considera che l'azione di riduzione può essere esercitata anche nei confronti degli aventi causa del donatario (21) - circostanza che ostacola la circolazione dei beni di provenienza donativa - si comprende bene che le liberalità non costituiscono lo strumento più idoneo a disposizione dell'autonomia privata per beneficiare il disabile. Il disabile, infatti, in misura maggiore rispetto alla generalità dei soggetti, potrebbe aver bisogno di liquidare in tutto o in parte il suo patrimonio per dis-

porre delle risorse necessarie a soddisfare i suoi bisogni assistenziali.

Anche l'istituto del **fedecompresso** risulta poco funzionale allo scopo. La riforma del 1975 ne ha modificato la disciplina (22). Ora è ammesso soltanto il c.d. fedecompresso assistenziale (art. 692 ss.) che si ha quando il genitore o un altro ascendente in linea retta o il coniuge dell'interdetto istituiscono rispettivamente il figlio, il discendente o il coniuge con l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni anche costituenti la legittima, a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore hanno avuto cura dell'interdetto. Ne costituiscono elementi: a) la duplice vocazione; b) l'ordine successivo; c) l'obbligo di conservare per restituire. Al di là dei problemi interpretativi che la disposizione solleva (23), in questa sede vanno segnalati i problemi applicativi che questo istituto pone in seguito all'introduzione dell'amministrazione di sostegno. Si ritiene, infatti, solo l'interdetto, figura ormai residuale, possa essere destinatario di una disposizione di questo tipo, non il beneficiario di amministrazione di sostegno (24).

È in corso un ampio dibattito sull'opportunità di una riforma delle successioni che tenga conto dell'evoluzione sociale della famiglia, dell'aumento delle aspettative di vita, ed anche dell'esigenza di più intensa tutela dei soggetti svantaggiati. Ma al momento una riforma sembra ancora lontana.

Va poi considerato che il ricorso agli strumenti successori non soddisfa l'interesse di quanti, animati da intenti protettivi del disabile, vorrebbero predisporre in vita un assetto di interessi idoneo a sostenerlo, in modo da poterne verificare l'efficacia e l'adeguatezza.

5. Fondazioni di famiglia e enti non profit.

Tra gli istituti cui l'autonomia privata può ricorrere si segnalano in primo luogo la costituzione di enti non lucrativi ed il contratto.

Sul primo versante si può pensare alla costituzione di una fondazione di famiglia (25), vale a dire di una fondazione destinata a vantaggio dei componenti di una, o più, famiglie determinate (art. 28, c. 2), il cui atto costitutivo potrebbe essere opportunamente confezionato per sostenere, in particolare, i familiari in situazioni di debolezza o disabilità. L'ammissibilità della fondazione di famiglia è tuttavia contestata da una parte della dottrina. Le obiezioni che essa solleva sono dettate da ragioni storiche e di ordine sistematico. La fondazione di famiglia viene riguardata dai critici come strumento che si presta ad eludere il divieto di fedecompresso, in quanto diretta ad imprimere a determinati beni un vincolo di destinazione immutabile e tendenzialmente perpetuo. Il fatto, poi, che la fondazione sia diretta a vantaggio dei componenti di una famiglia metterebbe in discussione l'esistenza di quelle ragioni di pubblica utilità che si ritiene costituiscano elemento giustificativo indispensabile per la sua costituzione (26).

Tali obiezioni tendono, nel presente, ad essere superate in una rinnovata considerazione degli enti del I libro del codice civile e delle fondazioni in particolare (27). Il nuovo art. 2645 ter getta nuova luce anche su questo tema (28). Il requisito della pubblica utilità tende a stemperarsi in quello della meritevolezza degli interessi perseguiti. Nelle fondazioni poi non sussiste quel freno alla circolazione giuridica della ricchezza che determina lo sfavore nei confronti del fedecompresso dove è presente l'obbligo di conservare e restituire i beni che ne sono oggetto. Nelle fondazioni, invece, nulla esclude che gli amministratori possano disporre dei beni, sostituirli con altri, purché il fine del loro agire sia il perseguimento dello scopo del fondatore. E non è neppure da escludere una fondazione di erogazione programmaticamente

rivolta a consumare il proprio patrimonio per realizzare lo scopo altruistico (29).

La dottrina tende dunque a riconsiderare l'ammissibilità della fondazione di famiglia (30), suggerendo - specie nel caso in cui sia rivolta a favore di soggetti deboli - opportune clausole statutarie che consentano di attribuire ai beneficiari diritti economici e poteri di vigilanza (31). Secondo alcuni, l'esercizio dei diritti da parte dei beneficiari sarebbe già ora possibile sulla base delle norme sulla promessa al pubblico (32). E tuttavia l'incertezza che permane sulle regole di governance, sulle competenze degli organi, sulle incompatibilità, ne scoraggia, nella pratica, un largo impiego (33).

Il ricorso agli enti del I libro, fondazioni ed ancor più associazioni, si consiglia poi, per perseguire scopi di interesse generale. Può trattarsi della gestione secondo criteri solidaristici delle risorse economiche destinate dagli associati a soddisfare le esigenze dei congiunti disabili.

Vi sono poi associazioni destinate ad offrire servizi di varia natura, specie nel campo della formazione e dell'assistenza agli amministratori di sostegno. Ad esempio, vi sono enti diretti a semplificare i compiti dell'amministratore di sostegno sollevandolo da pratiche burocratiche o di routine. Altri che si occupano della formazione, della preparazione degli amministratori di sostegno per formare una categoria di professionisti competente e capace.

Altre volte le associazioni, specie quelle di volontariato, operano a vantaggio diretto dei disabili, gestiscono servizi di assistenza alla persona, di organizzazione del tempo libero, si occupano del sostegno psicologico, della socializzazione.

Si tratta tuttavia di iniziative lodevoli, provenienti dal terzo settore, molto diversificate da luogo a luogo. Manca un coordinamento, una regia che tenda a massimizzare i risultati della loro azione. (34)

6. Trust e vincoli di destinazione.

Passando a considerare i meccanismi contrattuali, il trust può rappresentare una valida alternativa alla fondazione di famiglia (35). L'Italia non prevede una disciplina interna del trust. La proposta di disciplina della fiducia contenuta nel progetto di legge n. 4554, presentato alla Camera dei Deputati il 27 luglio 2011 non ha avuto al momento seguito.

Tuttavia è ormai opinione diffusa che, in seguito alla ratifica della Convenzione dell'Aja del 1989, sia possibile costituire trust interni, da parte di cittadini italiani su beni esistenti in Italia, purché regolati da una legge straniera (36).

Si tratta di strumento dotato di grandissima flessibilità il cui impiego può dunque prestarsi anche alla tutela patrimoniale dei disabili. Il Trust può essere costituito 1) dallo stesso interessato in vista della propria eventuale futura incapacità, oppure 2) da parte di familiari a favore di un soggetto attualmente incapace per soddisfare le sue esigenze di vita.

Nel primo caso è l'interessato stesso a costituire il trust, subordinandolo alla condizione sospensiva della sopravvenuta totale o parziale incapacità. Il trustee designato (un parente, una persona di fiducia, od anche un'associazione) verrebbe investito della titolarità dei beni costituiti in trust con l'obbligo di gestirli secondo le istruzioni ricevute. Il trustee, potrebbe eventualmente essere anche indicato come amministratore di sostegno designato dall'interessato a norma dell'art. 408 c.c..

Nel secondo caso sono invece i parenti a costituire un trust a favore di persona attualmente in difficoltà. Il trust potrebbe essere previsto con efficacia immediata, o come più spesso accade, con effetti posticipati alla morte del disponente. In tal caso al trustee viene attribuita la nuda proprietà dei beni, riservandosi i dispo-

nenti l'usufrutto vita natura durante. Il Trustee potrebbe essere indicato anche come amministratore di sostegno (art. 408, c. 1). Questo tipo di trust può costituire una valida alternativa alla disposizione fedecommissaria.

Il trust offre soluzioni per l'assistenza e la cura del disabile e soprattutto per la gestione del patrimonio che i genitori intendano destinare al figlio in vita o in seguito alla propria morte, senza bisogno di trasferire direttamente a lui i propri beni. Se ne suggerisce l'impiego anche a favore di un genitore anziano e non autosufficiente da parte dei figli.

Il trust sembra costituire uno strumento più efficace rispetto al vincolo di destinazione previsto dall'art. 2645 ter. Tale norma, frutto di una innovazione del 2005, prevede la trascrizione del vincolo di destinazione impresso a beni immobili, o mobili registrati in vista del perseguimento di interessi meritevoli di tutela, tra cui sono espressamente annoverati quelli "relativi a persone con disabilità". Il vincolo ha una durata massima di 90 anni, o una pari alla durata della vita del beneficiario. In seguito alla trascrizione il vincolo di destinazione risulta opponibile ai terzi ed i beni vincolati sono suscettibili di esecuzione da parte dei creditori solo per debiti contratti a tale scopo.

La nuova disciplina, tuttavia, per come è formulata, risulta di difficile comprensione e coordinamento con altri principi - come il divieto di patti successori e di sostituzione fedecommissaria - né è chiaro come interferisca con la riserva disposta a favore dei legittimari. Tali incertezze determinano uno scarso impiego nella prassi del vincolo di destinazione, almeno fino a quando non verrà messo a punto un modello di contratto (che si potrebbe chiamare "contratto di affidamento") che regoli in modo appropriato i rapporti interni e gli obblighi nei confronti del beneficiario (37).

Con riguardo al trust la norma è stata intesa (38) come conferma dell'orientamento giurisprudenziale pregresso favorevole alla trascrizione del trust gravante su beni immobili, anche se qualche orientamento ha ritenuto che l'art. 2645 ter limiti la possibilità di trascrizione escludendone i trust con finalità soltanto egoistiche e patrimoniali (39).

7. Vendita della nuda proprietà e vitalizio assistenziale.

Tra i meccanismi negoziali più frequentemente impiegati a tutela di anziani e disabili vanno ricordati la vendita della nuda proprietà con riserva di usufrutto e il contratto di mantenimento (o vitalizio atipico). Sono strumenti che consentono di massimizzare le risorse a favore del disabile, di consumarle interamente nel corso della sua vita per recargli le utilità e i vantaggi di cui ha bisogno.

La cosiddetta vendita della nuda proprietà può essere effettuata dai genitori, proprietari dell'immobile, che contestualmente riservano al figlio disabile l'usufrutto. Lo scopo è quello di consentire al figlio di continuare ad abitare nella casa di proprietà, e contestualmente ottenere la disponibilità di un capitale da impiegare per le sue esigenze assistenziali. Può essere effettuata anche da una persona anziana (o, eventualmente, dal suo amministratore di sostegno, previa autorizzazione giudiziale) per provvedere alle proprie necessità.

Nel caso di contratto a favore di persona affetta da disabilità un recente studio ha proposto di rivedere le tabelle di determinazione del valore della nuda proprietà per tener conto delle ridotte aspettative di vita del disabile (40). Come è noto, infatti, la quotazione della nuda proprietà dipende dalla vita residua attesa della persona titolare dell'usufrutto, oltre che dal tasso di interesse utilizzato per scontare i valori finanziari futuri. Nelle persone affette da disabilità le aspettative di vita sono peraltro generalmente ridotte rispetto ai coetanei non disabili. Lo studio

intende riconoscere al disabile un importo maggiore come corrispettivo della nuda proprietà, proporzionale alle ridotte aspettative di vita - aumentando quindi le risorse destinate al soddisfacimento dei suoi bisogni assistenziali. Lo studio ipotizza la costituzione di una fondazione il cui scopo dovrebbe essere quello di acquistare le nude proprietà secondo le tabelle riviste, per poi rivenderle una volta estinto l'usufrutto, liberando quindi risorse per effettuare nuovi acquisti. La fondazione dovrebbe essere dotata delle risorse iniziali sufficienti ad avviare il processo e dovrebbe operare in una logica esclusiva di solidarietà, destinando ad iniziative a favore dei disabili eventuali utili di gestione. La fondazione potrebbe inoltre favorire la solidarietà tra famiglie dei disabili, ottimizzando la gestione delle risorse prevedendo, ad esempio, nel caso di decesso, che il patrimonio destinato al disabile vada rivolto a vantaggio di quelli meno dotati economicamente, in una sorta di gestione "in monte" delle risorse attuata dalla fondazione medesima (41). La fondazione avrebbe come controparte l'amministratore di sostegno del disabile o eventualmente il trustee di un trust con poteri di controllo sul suo operato.

L'aumento della vita media ha come effetto collaterale l'aumento del rischio di esaurimento delle risorse economiche utilizzabili per le proprie necessità. La pratica di cedere beni in cambio della promessa di assistenza tende proprio alla gestione di questo rischio, trasferendolo sull'acquirente che si impegna a provvedere al suo mantenimento.

Il codice civile italiano disciplina la rendita vitalizia, ma non contempla espressamente il vitalizio alimentare, vale a dire il contratto la cui controprestazione (a fronte della cessione di un bene immobile o mobile) è costituita non da una rendita (vale a dire il pagamento di una somma di denaro) ma dalla promessa di provvedere al mantenimento, all'assistenza materiale ed anche morale della controparte, una prestazione, dunque, che ha ad oggetto non soltanto un dare, ma anche un fare da parte dell'obbligato e che si caratterizza per il carattere infungibile legato all'*intuitus personae* (42). La giurisprudenza ne riconosce l'ammissibilità come manifestazione atipica, ma meritevole di tutela, dell'autonomia privata. E ne tratteggia una disciplina che sotto rilevanti aspetti si discosta da quella del contratto tipico. In particolare se ne ammette la risoluzione per inadempimento (preclusa dall'art. 1878 c.c. per la rendita vitalizia) quando la condotta dell'obbligato non corrisponda agli impegni di assistenza assunti con il contratto (43). Altre volte ne è stata pronunciata la nullità per difetto di alea (talvolta ad iniziativa degli eredi) quando al momento della conclusione del contratto la gravità della malattia lasciava presagire un decorso infausto molto rapido (44).

Nel caso di persone disabili, tuttavia, alcune variabili, rispetto ai rischi consueti di queste operazioni, possono influire sulla loro stipula. Per quel che riguarda la rendita vitalizia, le ridotte aspettative di vita dovrebbero essere tenute in conto nella determinazione della rendita, per portare ad un incremento del suo ammontare. D'altro lato la gravosità dell'impegno di assistenza del disabile può costituire un ostacolo alla stipula di vitalizi assistenziali. L'intervento di una fondazione specializzata potrebbe anche in questi casi rivelarsi strumento efficace per ottimizzare i risultati economici dell'operazione nell'interesse del disabile. Si suggerisce, quindi, di costituire una fondazione specializzata la quale, a fronte della cessione di beni, si impegni a fornire assistenza al disabile. Gli eventuali surplus di risorse potrebbero essere destinati all'assistenza di persone disabili non dotate di un patrimonio sufficiente a sostenerne le esigenze di vita.

Note:

(1) “Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”, approvato in prima lettura dal Senato il 26.3.2009, approvato con modifiche dalla Camera il 12 luglio 2011, ed ora nuovamente all’esame del Senato.

(2) Su diritto alla salute e consenso informato cfr. R. Romboli, *Persone fisiche*, in *Commentario al codice civile* diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1988, sub art. 5, 248 ss.; M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, 1980, 780 ss.; B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 1983, 35 ss.; G. Ferrando, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico. Principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 37. Nella letteratura più recente, cfr. F. D. Busnelli, *Bioetica e diritto privato*, Torino, 2001; S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006; P. Veronesi, *Il corpo e la costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, 2007; F. G. Pizzetti, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, Milano, 2008; Cricenti G., *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008; R. Balduzzi (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, Bologna, 2009; L. D’Avack, *Verso un antidestino: Biotecnologie e scelte di vita*, 2° ed., Torino, 2009; P. Zatti, *Maschere del diritto. Volti della vita*, Milano, 2009; C. Casonato, *Introduzione al Biodiritto*, Torino, 2009; U. Veronesi (a cura di), *Testamento biologico, Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006; G. Ferrando, *Fine vita e rifiuto di cure. Profili civilistici*, in Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà, Zatti, *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto* diretto da Rodotà e Zatti, Milano, 2011, 1867 ss.; V. Durante, *La salute come diritto della persona*, ivi, p. 579 ss.; A. Santosuosso, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2011; D. Carusi, *L’ordine naturale delle cose*, Torino, 2011.

(3) V. Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748 (Englaro), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 83, e *ivi*, II, p.1 il commento di A. Santosuosso, *La volontà oltre la coscienza: la cassazione e lo stato vegetativo*; in *Fam. dir.*, 2008, 93, con nota di M.C. Venuti, *Il diritto all’autodeterminazione sanitaria dei soggetti in stato vegetativo permanente: la Corte di cassazione sul caso E.E.*; e in *Fam. dir.*, 2008, 129 con nota di R. Campione, *Stato vegetativo permanente e diritto all’identità personale in una importante pronuncia della Suprema corte.*

(4) Cass. Cass. 21748/2007, cit. (Englaro). E v. anche Cass. 3 marzo-20 aprile 2005, n. 8291 (Englaro), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 470, con nota di A. Santosuosso e G.C. Turri, la quale, nel ritenere necessaria la nomina di un curatore speciale, non esclude l’astratta idoneità del tutore a curare gli interessi personali dell’incapace.

(5) Cass. 21748/2007 (Englaro): “poteri di cura del disabile spettano altresì alla persona che sia stata nominata amministratore di sostegno (artt. 404 e ss. cod. civ., introdotti dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6), dovendo il decreto di nomina contenere l’indicazione degli atti che questa è legittimata a compiere a tutela degli interessi di natura anche personale del beneficiario (art. 405, quarto comma, cod. civ.)”.

(6) La Corte parla di “volontà presunta”, termine ambiguo, da intendersi come “volontà ipotetica” (M.C. Venuti, *Il diritto all’autodeterminazione*, cit., p. 125). In effetti la pronuncia della Corte di Cassazione è una sentenza prudente: V. A. Santosuosso, *La volontà oltre la coscienza. La cassazione e lo stato vegetativo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 1 ss.; F.D. Busnelli, *Il caso Englaro in Cassazione*, cit., p. 960 ss.

(7) Il “caso Englaro” si snoda secondo una serie di decisioni le cui principali tappe sono: Trib. Lecco, decr. 2 marzo 1999, in *Bioetica*, 2000,83; App. Milano 31 dicembre 1999, in *Il Foro italiano*, 2000, I, 2022, con note di G. Ponzanelli, *Eutanasia passiva: si se c’è accanimento terapeutico*, e di A. Santosuosso, *Novità e remore sullo stato vegetativo permanente.*; Trib. Lecco 20 luglio 2002, in *Bioetica*, 2004, p. 85 ss., con nota di S. Fucci, *I diritti di Eluana: prime riflessioni*; App. Milano 17 ottobre 2003, in *Fam. dir.*, 2004, p. 1167, con nota di G. Ferrando, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*; Cass., ord. 20 aprile 2005, n. 8291, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2359 ss., con nota di G. De Marzo; in *Fam. dir.*, 5/2005, p. 481 ss., con nota di G. Cassano, *Scelte tragiche e tecnicismi giuridici: ancora in tema di eutanasia*; in *Corr. giur.*, 6/2005, p. 788 ss., con nota di E. Calò, *Richiesta di sospensione dell’alimentazione a persona in stato ve-*

getativo: la Cassazione decide di non decidere; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 470 ss., con nota di A. Santosuosso, G. C. Turri, *La trincea dell’innammissibilità, dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*; Trib. Lecco, 2 febbraio 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 470 ss., con nota di A. Santosuosso, G. C. Turri, cit.; App. Milano 16 dicembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, c. 571 ss., con nota di G. Casaburi; Cass. 16 ottobre 2007, n. 21784, cit.; App. Milano 9 luglio 2008, in *Fam. dir.*, 2008, 903; Cass. S.U. 13 novembre 2008, n. 27145, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 223 e *ivi*, II, 126, il commento di A. Santosuosso, *Sulla conclusione del caso Englaro*; Corte cost. 8 ottobre 2008, n. 334.

(8) “Con ciò non si vuole, peraltro, sostenere che, in tutti i casi in cui il paziente portatore di forti convinzioni etico - religiose (come è appunto il caso dei testimoni di Geova) si trovi in stato di incoscienza, debba perciò solo subire un trattamento terapeutico contrario alla sua fede. Ma è innegabile, in tal caso, l’esigenza che, a manifestare il dissenso al trattamento trasfusionale, sia o lo stesso paziente che rechi con sé una articolata, puntuale, espressa dichiarazione dalla quale inequivocamente emerga la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita, ovvero un diverso soggetto da lui stesso indicato quale rappresentante ad acta il quale, dimostrata l’esistenza del proprio potere rappresentativo in parte qua, confermi tale dissenso all’esito della ricevuta informazione da parte dei sanitari.” Cass. n.23676/2008, cit. Nel senso, invece, l’inserimento di PEG (sondino endogastrico) sia giustificato dallo stato di necessità, anche quando non si riscontri una situazione di indifferibilità dell’intervento, e quindi non si prospetti la necessità di nomina dell’Amministratore di sostegno, v. Trib. Trieste 17 dicembre 2008, www.personaedanno.it

(9) La giurisprudenza prevalente, sia pur con qualche eccezione (ad es. Trib. Torino, 26 febbraio 2007, in *Fam. dir.*, 2007, p. 721, con nota di U. Roma) ritiene che all’amministratore di sostegno competa esprimere il consenso al trattamento medico (ad es. Trib. Vibo Valentia 30 novembre 2005, in *Fam. dir.*, 2006, p. 523; Trib. Roma 19 marzo 2004, in *Notariato*, 2004, p. 249, con nota di E. Calò; Trib. Modena 15 settembre 2004, in *Fam. dir.*, 2005, p. 85, con nota di F. Ruscello: Nel senso che l’AdS ha compiti in materia sanitaria, v. da ultimo, Trib. Trieste 20 novembre 2008 (www.personaedanno.it): “ritenuto che l’amministratore di sostegno può avere nel nostro ordinamento anche poteri attinenti la rappresentanza della persona ai fini delle problematiche sanitarie ed essere nominato al fine di consentire la manifestazione di una volontà autentica nei casi in cui lo stato di decadimento cognitivo impedisca di esprimere un consenso realmente consapevole ovvero nei casi in cui la grave infermità fisica impedisca del tutto la manifestazione stessa di un consenso: ciò si desume infatti non solo dall’art. 405 e ss c.c. (che prevede espressamente il conferimento da parte del giudice tutelare all’amministratore di sostegno di poteri inerenti la cura della persona (espressione cui non è consentito dare un contenuto diverso da quella cura della persona prevista tra i poteri del tutore rispetto al minore o all’interdetto dall’art. 357 c.c.), ma anche dalla Convenzione del Consiglio d’Europa fatta a Oviedo il 4 aprile 1997 resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 28 marzo 2001 n. 145, che, pur non essendo ancora stata ratificata dallo Stato Italiano, offre un criterio di interpretazione delle norme interne idoneo a sorreggere le decisioni del giudice tutelare (...)”. “Il ricorso all’amministrazione di sostegno per la prestazione del consenso informato non dovrebbe rischiare di ridursi a mera incombenza amministrativa o, peggio, a mezzo formale idoneo a deresponsabilizzare il medico, dovendo restare espressione del diritto di autodeterminazione terapeutica del paziente, da esercitare in un quadro di alleanza terapeutica con il medico”.

(10) Trib. Vibo Valentia (sez. dist. Tropea) 30 novembre 2005, in *Riv. it. med. leg.* 2006, con nota di M. Barni; Trib. Roma 21 dicembre 2005. Respinge la richiesta di nomina in un caso di cosciente rifiuto della trasfusione da parte di paziente in grado di esprimere il proprio consenso-dissenso Trib. Treviso 9 febbraio 2006 (i provvedimenti sono riportati in appendice a G. Ferrando, L. Lenti, *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione*, Torino, 2006).

(11) Trib. Modena 13 maggio 2008, in *Fam. dir.*, 2008, p.923, con nota

di G. Ferrando, *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e direttive anticipate*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008; I, p. 1296, con nota di M. Piccinni, *Chi decide per il paziente incapace? Amministrazione di sostegno e scelte di fine vita*; Trib. Modena 23 dicembre 2008, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 699.

(12) Trib. Modena, decreto 5 novembre 2008, in *Fam. dir.*, 2009, p. 280 ss., con nota di G. Ferrando, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*; Trib. Parma, 2 aprile 2004, in *Giur. it.*, 2005, p. 1839. Cfr. Trib. Roma, 19 marzo 2004, in *Notariato*, 2004, p. 249; Trib. Siena 18 giugno 2007, in www.personaedanno.it) e Trib. Bologna, Sez. Imola, 4 giugno 2008, con nota di P. Cendon, *Testimoni di Geova, rifiuto di trasfusione, principio di autodeterminazione*; Trib. Cagliari 22 ottobre 2009, In senso contrario, Trib. Cagliari 14 dicembre 2009, entrambe in *Fam. dir.*, 2010, 161, p. 167, con nota di M. N. Bugetti, *Amministratore di sostegno in favore di persona attualmente capace e autonoma: oltre i confini dell'istituto?*

(13) In altra occasione avevo valutato positivamente questo indirizzo: v. G. Ferrando, *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e direttive anticipate*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 925. Un'equilibrata sintesi in V. Busi, *L'amministratore di sostegno: il nuntius del paziente*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 189.

(14) Trib. Roma 1° aprile 2009, Trib. Pistoia 1° aprile 2009, entrambe in *Fam. dir.*, 2010, p. 51 ss., con nota di V. Busi, *Sull'interesse ad agire per la nomina dell'amministratore di sostegno*.

(15) La nomina in relazione ad una situazione di potenziale ed imminente bisogno, il fatto che le direttive vengano disposte in vista di un trattamento già programmato escluderebbero la necessità di un'ulteriore autorizzazione giudiziale al momento della decisione concreta. Nel senso, invece, che l'amministratore di sostegno potrebbe sì esprimere il consenso al trattamento medico, ma non il dissenso, v. Trib. Genova 6 marzo 2009, in *Fam. dir.*, 2010, p. 187, con nota di V. Busi, *L'amministratore di sostegno: il nuntius del paziente*.

In Spagna, la l. n. 41/2003 ha previsto il "patrimonio protegido" per gli incapaci: cfr. E.M. Martin Azcano, *El patrimonio protegido del las personas con discapacidad*, Madrid, 2011; J. Perez del Vargas Munos, (ed.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid, 2006

(16) V. B. Gardella Tedeschi, voce *Vitalizio*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino 1995, 745

(17) V. M.R. Spallarossa, *Amministrazione di sostegno, interdizione, trust a confronto*, in Ferrando e Lenti, *Soggetti deboli*, cit, p. 323 ss.

(18) Al riguardo, v. almeno, M. Bianca, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Riv. not.*, 2006; I, 1175; R. Quadri, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1717; A. Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 1 ss..

(19) Al riguardo, v. l'art. 11 Disegno di legge comunitaria 2010, che prevede una forma di "trust" assistenziale: v. P. Manes, *Il contratto di fiducia nel disegno di legge comunitaria 2010*, in E. Del Prato, M. Costanza, P. Manes, *Donazioni, atti gratuiti, patti di famiglia e trusts successori*, Bologna, 2010, p. 693 ss

(20) Sia pur nei limiti dei 20 anni dalla donazione, (art. 561 c.c., in seguito alla riforma del 2005)

(21) V. Giu. Azzariti, *La sostituzione fidecommissaria*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, VI, Torino, 1982, 307 ss.: Per una sintesi delle problematiche attuali, v. R. Pacia, *Sostituzione fedecommissaria fra tradizione e modernità*, in *Riv. not.*, 2008, 555 ss.

(22) Da ultimo Cass. 24 febbraio 2009, n. 4435; Cass. 1573/2000, 15130/2005; 4022/2007

(23) V. Moretti, *Norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in M. Dosssetti, M. Moretti, C. Moretti, *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Milano, 2004, 96. Nel senso peraltro, dell'applicabilità dell'art. 411, c. 4, cfr.: G. Bonilini, in G. Bonilini e F. Tommaso, *Dell'amministrazione di sostegno*, in *Il Cod. civ. comm.*, Milano, 2008, 447; F. Parente, *Amministrazione di sostegno e regole di governo dei fenomeni successori e donativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2005; 719; Mascolo e Maroz, *L'amministrazione di sostegno e l'impianto complessivo del codice civile*, in *Riv. Not.*, 2005, 1349.

(24) Al riguardo, v. A. Fusaro, *La fondazione tra modello tradizionale e modello partecipativo quale strumento per la tutela delle categorie svantaggiate*, in *Riv. not.*, 2011, n. 2, pp. 1089 ss.; Id., *La fondazione di famiglia in Italia e all'estero*, in *Riv. Not.*, 2010, p. 17 ss.:

(25) F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna- Roma, II ediz., 2006., p. 188

(26) M.V. De Giorgi, *Fondazioni di famiglia e attività d'impresa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 82; A. Fusaro, *La fondazione di famiglia in Italia e all'estero*, in *Riv. Not.*, 2010, p. 17 ss

(27) V.A. Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2007, 1 ss.

(28) Al riguardo, cfr., in primo luogo, P. Rescigno, voce *Fondazione. C) Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 790 ss.; F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna- Roma, II ediz., 2006; M.V. De Giorgi, *Le persona giuridiche in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Vol.2, tomo I, Utet, Torino, II ediz., 1999, 193 ss.; A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Jovene, 1995; M. Basile, *Le persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2003; G. Ponzanelli, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, II ediz., 2000; A. FUSARO, voce *Fondazione*, in *Digesto IV, Disc. Priv. Sez. Civ.*, Utet, 1992.

(29) In particolare, v. P. Rescigno, *Le fondazioni. Prospettive e linee di riforma*, in P. Rescigno (a cura di), *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1989, 484

(30) A. Fusaro, *La fondazione di famiglia in Italia e all'estero*, cit., p. 17 ss.:

(31) A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Jovene, 1995,

(32) M.V. De Giorgi, *Fondazioni di famiglia e attività d'impresa*, cit..

(33) V. P. Martinelli e M.R. Spallarossa, *Amministrazione di sostegno, servizi pubblici, terzo settore: tra reti di solidarietà e diritti inviolabili*, in Ferrando (a cura di), *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione, incapacità naturale*, Bologna, 2012, ???;

(34) B. Valignani, *Amministrazione di sostegno e Trust*, in G. Ferrando (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005, 195 ss.; M.R. Spallarossa, *Amministrazione di sostegno, trust, interdizione a confronto*, in G. Ferrando e L. Lenti (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione*, cit., 323 ss.

(35) V. M. Lupoi, *Trusts*, II ediz., Giuffrè, 2001

V. M. Lupoi, *Atti istitutivi di trust e contratti di affidamento fiduciario*, Milano, 2010.

(36) Trib. Genova 14 marzo 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 1209.

(37) Trib. Trieste 19 settembre 2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 687.

(38) Al riguardo, v. A. Fusaro, *La fondazione tra modello tradizionale e modello partecipativo quale strumento per la tutela delle categorie svantaggiate*, in *Vita Not.*, 2011, n. 2, p. 1089 ss.

(39) Ancora A. Fusaro, *La fondazione tra modello*, cit., 1098.

(40) E. Calò, *Contratto di mantenimento e proprietà temporanea*, *Foro it.*, 1989; I, 1165; F. Laus, *Il contratto assistenziale nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Giur. it.*, 2006, 506; A. Fusaro, *Autonomia privata e mantenimento: i contratti di vitalizio atipico*, in *Fam. dir.*, 2008, 305; M. Zana, *Contrattualizzazione dell'assistenza*, in M. Gorgoni (a cura di), *I modelli familiari tra famiglia e servizi*, Napoli, 2005, 361; ancor prima B. Gardella Tedeschi, voce *Vitalizio*, in *Dig. IV disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 745; G. Bonilini, *Ancora in tema di vitalizio assistenziale*, in *I contratti*, 2000, 870 (nota a Cass. 29 maggio 2000, n. 7033).

(41) Cass. 19 ottobre 1998, n. 10322, in *I contratti*, 1999, 221, con nota di A. Pandolfi; Cass. 28 luglio 1975, n. 2924, in *Foro it.*, 1976, I, 2879, con nota di Terranova.

42 Trib. Napoli 21.12.2005, in *Not.* 2006, 265; Trib. Cosenza 3 aprile 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 2937.

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze e Ordinanze

T.A.R. Liguria, sez. II, 24 gennaio 2013, n. 158 - Pres. Caruso - Est. Caputo - Riviera Millionaire (Avv. Marconi) e Hbg Connex Spa (Avv. Cardia e Gualtieri) c. Comune di Recco (Avv. Ghibellini).

AUTORIZZAZIONE amministrativa - 'luogo sensibile' - cimitero - luogo di culto - distanze.

(Artt. 1 e 2 LR 30 aprile 2012, n. 17).

L'esercizio delle sale da gioco e il gioco lecito nei locali aperti al pubblico, ai sensi degli artt. 1 e 2 LR 30 aprile 2012, n. 17, sono soggetti all'autorizzazione del Sindaco del Comune territorialmente competente, la quale non può essere concessa nel caso di ubicazione in un raggio di 300 metri, misurati per la distanza pedonale più breve, da istituti scolastici di qualsiasi grado, luoghi di culto, impianti sportivi e centri giovanili o altri istituti frequentati principalmente da giovani o strutture residenziali o semi-residenziali operanti in ambito sanitario o socio-assistenziale ed inoltre strutture ricettive per categorie protette. Tra questi vanno annoverati anche i cimiteri, in quanto strutturalmente e funzionalmente destinati a luoghi di culto dei defunti: al rispetto della "pietas" valore ad un tempo laico e religioso, facente parte integrante della nostra tradizione storico-culturale e cattolica.

MK.C. e A.FRC.

(... Omissis...) **Fatto**

La ricorrente, impresa individuale, esercente attività di raccolta di giocate tramite videolottery, ha impugnato il provvedimento, adottato dal dirigente dell'ufficio attività produttive del Comune di Recco, inibitorio dell'inizio dell'attività della sala scommesse e contestuale diniego dell'(eventuale) autorizzazione all'esercizio ex art.1 della l.r. n.17/2012.

Nelle premesse dell'atto introduttivo ha dedotto in fatto che: il 28 febbraio 2012 ha stipulato con la società HBX Connex s.p.a., concessionaria dello Stato per l'attività e la conduzione della rete per la gestione da divertimento tramite apparecchi videolottery, contratto per l'attività di raccolta del gioco presso la sala, condotta in locazione, sita in via Romagnego del Comune di Recco;

il 19 marzo 2012 ha presentato la domanda per ottenere la licenza ex art 88 T.U.L.P.S., rilasciata dalla Questura il 28 maggio 2012;

su sollecitazione del Comune, la ricorrente il 13 luglio 2012 presentava comunicazione d'inizio d'attività, cui faceva seguito la determinazione dirigenziale impugnata inibitoria dell'attività già iniziata, contenente altresì il diniego alla (eventuale) richiesta d'autorizzazione in ragione della violazione del requisito, prescritto da l.r. 30 aprile 2012 n. 17, della distanza minima (300 mt.) dell'esercizio dal cimitero di Camogli, ritenuto luogo di culto.

In consequenzialità logico giuridica dai fatti esposti, la ricorrente ha dedotto in diritto i seguenti motivi d'impugnazione: Violazione e falsa applicazione della l. r. 30 aprile 2012 n. 17. Violazione dell'art. 11 disp. sulla legge in generale. Eccesso di potere sotto vari profili;

Violazione e falsa applicazione della l. r. 30 aprile 2012 n. 17 in combinato disposto con gli artt. 88 e 110 TULPS. Viola-

zione dell'art. 2-quater d.l. 25 marzo 2010 n. 40. Violazione art. 97 cost.;

Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 l. r. 30 aprile 2012 n. 17. Plurima violazione della legge regionale richiamata; In subordine, non manifesta infondatezza della questione d'incostituzionalità l. r. 30 aprile 2012 n. 17 per violazione dell'art. 117, comma 2, lett e) ed h) cost.

La legge regionale, invocata dal Comune per giustificare l'inibitoria impugnata, non sarebbe, secondo la ricorrente, applicabile ratione temporis avendo conseguito l'autorizzazione di P.S., necessaria per l'esercizio dell'attività, alcuni mesi prima l'entrata in vigore della disciplina regionale.

Il Comune, lamenta ancora la ricorrente, avrebbe tenuto in non cale la peculiarità dell'attività esercitata dalla ricorrente, disciplinata dall'art. 2-quater d.l. 25 marzo 2010 n.40 che non prevede affatto in materia alcuna competenza comunale. Aggiungasi, in continuità con il filo conduttore che informa le censure, che il dirigente dell'ufficio comunale non sarebbe stato comunque competente ad adottare il provvedimento che inibisce un'attività autorizzata dall'autorità di P.S.; che il cimitero, per di più sito nel Comune limitrofo, non sarebbe comunque annoverabile fra i luoghi di culto.

In subordine, la ricorrente sollecita lo scrutinio di costituzionalità della legge regionale per presunta violazione dell'art. 117, comma 2, lett. e) - h) cost., laddove riserva, in via esclusiva, la competenza in materia alla legislazione statale.

È intervenuta ad adiuvandum Hbg Connex Spa, concessionaria dello Stato per l'attività e la conduzione della rete per la gestione da divertimento tramite apparecchi videolottery. Si è costituito in giudizio il Comune di Recco, eccependo l'innammissibilità dell'intervento della società concessionaria e instando nel merito per la radicale infondatezza del gravame.

Alla pubblica udienza del 13.12.2012 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

(... Omissis...) **Diritto**

È impugnato il provvedimento, adottato dal dirigente dell'ufficio attività produttive del Comune di Recco, inibitorio dell'inizio dell'attività, gestita dalla ricorrente, della sala scommesse, contenente altresì diniego dell'autorizzazione all'esercizio ex art.1 della l.r. n.17/2012.

I motivi d'impugnazione sono compendiabili in due ordini concorrenti di censure.

Il primo (sub nn.1, 2 e 3 dei motivi) lamenta, in via principale, la violazione del principio di irretroattività della legge, avendo il Comune resistente fatto applicazione della legge regionale sopravvenuta dopo che la ricorrente aveva già conseguito il titolo statale abilitante l'esercizio. Normativa regionale che, secondo le censure, non sarebbe comunque estensibile all'esercizio di cui trattasi, disciplinato da specifiche fonti normative.

Il secondo ordine deduce la violazione del regime di competenza dell'organo emanante, nonché l'assenza del presupposto di fatto posto a base dell'inibitoria impugnata, ossia del requisito, prescritto da l.r. 30 aprile 2012 n. 17, della distanza minima (300 mt.) dell'esercizio dal cimitero di Camogli, ritenuto illegittimamente luogo di culto.

In limine sull'eccezione d'innammissibilità dell'intervento ad

adiuvandum spiegato dalla società HBX Connex s.p.a. concessionaria con la quale la ricorrente ha stipulato il contratto per l'attività di raccolta del gioco presso l'esercizio di cui trattasi.

L'eccezione sollevata dall'amministrazione resistente si fonda sul rilievo che la società interveniente ha esteso il thema decidendi: ha autonomamente impugnato il regolamento comunale, attuativo della legge regionale, approvato con deliberazione consiliare n. 30 del 26.07.2012, (per giunta) sulla scorta di motivi di gravame non affatto dedotti nell'atto introduttivo. L'eccezione è fondata.

L'interveniente nel processo amministrativo "accetta lo stato e il grado di giudizio in cui si trova", recita l'art. 28, comma 2, c.p.a.

La norma è il portato giuridico della giurisprudenza amministrativa, la quale ha sempre negato che chi, possedendo legittimazione attiva e avendovi interesse, decaduto dall'esercizio del gravame, possa surrettiziamente eludere il termine di decadenza mediante l'intervento in giudizio, ampliando l'oggetto del giudizio d'annullamento ad atti o provvedimenti non impugnati dal ricorrente.

Né, contrariamente a quanto assume l'interveniente, la formula (di stile) che fa richiamo genericamente agli atti presupposti, apposta in calce all'elenco degli atti specificamente impugnati, consente d'estendere l'oggetto del giudizio, ossia il petitum d'annullamento.

Sul punto, il codice del processo amministrativo ha inteso dirimere ogni questione.

Il ricorso, ai sensi dell'art. 40, lett. c) c.p.a., deve infatti contenere l'esposizione sommaria dei fatti e i motivi specifici su cui si fonda.

Ossia la *res in iudicium deducta*, nel giudizio impugnatorio, si ricava dalla fattispecie storica allegata in giudizio ricostruita sul presupposto della rilevanza di ben determinati motivi d'impugnazione.

Ancora, sotto altro profilo, privilegiando l'ottica rimediabile: la domanda di tutela, alla cui soddisfazione è informato il (nuovo) codice del processo amministrativo, corrisponde a quanto esattamente affermato dal ricorrente: all'illegittimità del fatto denunciato, come definito dagli atti impugnati, rispetto alla disciplina normativa ritenuta ad essa applicabile. Adattando il discorso al gravame in esame emerge che, sulla base dei fatti e dei motivi di censura dedotti nell'atto introduttivo, oggetto della domanda è esclusivamente l'asserita illegittimità dell'inibizione all'esercizio dell'attività riconducibile all'atto impugnato.

Non anche l'assetto normativo, disciplinato dal regolamento comunale, che non è infatti indicato fra i fatti né - va sottolineato - le censure di diritto s'appuntano su di esso. Sicché la società interveniente, che il regolamento invece espressamente censura, ha ampliato l'oggetto del giudizio violando l'art. 28, comma 2, c.p.a.

Da cui consegue la declaratoria d'inammissibilità dell'intervento.

È altresì inammissibile il ricorso in parte qua.

Segnatamente la ricorrente ha censurato la clausola, contenuta nel provvedimento inibitorio, in cui si afferma in via anticipata che "l'eventuale inoltro di richiesta di rilascio di autorizzazione verrà rigettata con idoneo provvedimento".

L'impugnazione della clausola è preclusa dall'art. 34, comma 2, c.p.a., a mente del quale "il giudice non può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati".

Ancorché, come nel caso che ne occupa, preannunciati in via meramente ipotetica.

Nel merito il ricorso è infondato.

Al momento dell'adozione dell'atto impugnato, in favore della ricorrente non si era ancora perfezionato il titolo necessario per l'esercizio dell'attività.

Per lo svolgimento dei sistemi di gioco (VLT) è infatti necessario il concorso sia della licenza di pubblica sicurezza, rilasciata dalla competente autorità ai sensi dell'art. 88 TULPS, che, in forza dell'art. 2, commi 2-ter e 2-quater d.l. 40/2010 convertito con l. 73 del 2010, della concessione per l'esercizio e la raccolta di giochi rilasciata dal Ministero dell'economia e delle finanze.

Regime esteso dall'art. 110, comma 6, lett. b) TULPS, al sistema dei giochi in esame.

Sul piano del procedimento prima, e del perfezionamento della fattispecie poi che legittima l'attività, la concessione ministeriale rispetto alla licenza di P.S. si pone come condizione d'efficacia: è *condicio iuris* sicché la licenza acquista efficacia quando sia stata rilasciata l'autorizzazione (o concessione) all'installazione degli apparecchi nelle sale giochi.

Concessione ottenuta dalla ricorrente il 12.07.2012: vale adire nel vigore normativo della l. r. 30 aprile 2012 n. 17.

Aggiungasi che, trattandosi di *condicio iuris*, non è invocabile l'efficacia *ex tunc* della concessione ministeriale, di guisa che il titolo abilitativo si sarebbe comunque perfezionato a decorrere dal rilascio della licenza di P.S.

La natura di requisito legale necessario per l'esercizio dell'attività osta a tale conclusione.

Anche i residui motivi d'impugnazione sono infondati.

L'atto impugnato è stato adottato dal dirigente del servizio del Comune, competente ai sensi dell'art. 107 TUEL; nonché in conformità alla disciplina regionale più volte richiamata senza affatto incidere sulle autorizzazioni rilasciate dagli organi statali.

L'inibitoria infatti non preclude in assoluto l'esercizio dell'attività autorizzata bensì, in relazione all'assetto del territorio urbano, individua l'area e gli interessi ad essa connessi meritevoli di salvaguardia dagli effetti nocivi del gioco.

Il cimitero è strutturalmente e funzionalmente destinato a luogo di culto dei defunti: al rispetto della "pietas" valore ad un tempo laico e religioso, facente parte integrante della nostra tradizione storico-culturale e cattolica che, come tale, prescinde dalle circoscrizioni amministrative che delimitano il singolo territorio comunale.

Infine quanto ai dedotti profili di non manifesta incostituzionalità della disciplina regionale, va richiamata Corte cost. n. 13 del 2012 che, in questione analoga, valorizzando oggetto e finalità della legge della Provincia di Bolzano, ha già escluso la sussistenza di profili d'incostituzionalità con riferimento agli stessi parametri normativi qui invocati.

Conclusivamente il ricorso deve essere respinto.

L'accavallarsi di plurime discipline di settore giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte inammissibile e per l'altra parte infondato, come precisato in motivazione. Dichiara inammissibile l'intervento ad adiuvandum spigato dalla società HBX Connex s.p.a. Spese compensate. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

T.A.R. Liguria, sez. I, 14 dicembre 2012, n. 1658 -Pres. Balba - Est. Vitali - M. (Avv.ti Gaggero e Pellerano) c. Comune di Albenga (Avv. Piscitelli) e c. B. (Avv. Vallerga).

GIUSTIZIA amministrativa – interesse a ricorrere – impugnazione di titolo edilizio – vicino – titolare di analogo permesso – irrilevanza – contrarietà al divieto di venire contra factum proprium – insussistenza.

REGIONE Liguria – legge regionale ligure – interventi edilizi di recupero dei sottotetti – contrasto con i principi statali in materia di interventi edilizi – abrogazione tacita.

EDILIZIA e urbanistica – permesso di costruire – recupero sottotetto – ristrutturazione – sopraelevazione – esclusione.

(Art. 15 disp. prel. c.c.; art. 10 Legge 62/1953; art. 3 d.p.r. 380/2001; art. 10 Legge Regione Liguria 16/2008; art. 2 Legge Regione Liguria 24/2001)

La circostanza che un soggetto abbia beneficiato di un permesso di costruire rilasciato dal comune per un intervento di recupero di un sottotetto non lo priva dell'interesse ad impugnare il permesso di costruire rilasciato al proprio vicino per un intervento analogo. Tale impugnazione non costituisce una violazione del divieto di "venire contra factum proprium". (1)

La disposizione di cui all'art. 2, c. 3 primo periodo della legge Regione Liguria n.24/2001 in tema di recupero dei sottotetti deve ritenersi abrogata, ai sensi dell'art. 10 l. 62/1953, in quanto confliggente con la disposizione di principio in tema di interventi edilizi di cui all'art. 3, c. 1 lett. d) del d.p.r. 380/2001. (2)

Un intervento di recupero di un sottotetto, a mezzo di demolizione e ricostruzione, in cui vi sia alterazione del volume e della sagoma del manufatto, con l'innalzamento oltre la falda di copertura del fabbricato, integra un intervento di nuova costruzione e non di ristrutturazione edilizia. (3)

(... Omissis...)

Visti il ricorso e i relativi allegati; visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Albenga e di Bruno Cattaneo; Viste le memorie difensive; Visti tutti gli atti della causa; Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2012 il dott. Angelo Vitali e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale di udienza; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto

Con ricorso notificato in data 15.11.2010 la signora Ghini Maria Patrizia, proprietaria di un edificio adiacente a quello oggetto di intervento, ha impugnato il permesso di costruire 22.2.2010, n. 278/2009-0, rilasciato dal comune di Albenga al controinteressato signor Cattaneo Bruno per lavori di ristrutturazione edilizia mediante demolizione e successiva ricostruzione (ex art. 10 comma 2 lett. e legge regionale Liguria 6.6.2008, n. 16) con recupero a fini abitativi del sottotetto (ai sensi della legge regionale Liguria 6.8.2001, n. 24) del fabbricato sito in frazione Leca, piazza Don Bertora. A sostegno del gravame ha dedotto quattro motivi di ricorso, rubricati come segue. 1. Violazione dell'art. 31 della legge regionale 6.6.2008, n. 16.

Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Violazione dell'art. 2 della legge regionale 6.8.2001,

n. 24. Violazione dell'art. 3 della legge 7.8.1990, n. 241 e s.m.i.. Nello "stato attuale" di progetto depositato in comune il 18.5.2009, il richiedente avrebbe illegittimamente raffigurato l'immobile come risultante all'esito di un precedente permesso di costruire in variante rilasciatogli in data 18.10.2007 e mai attuato, piuttosto che nella sua reale consistenza del momento (limitata ai muri portanti del piano terreno ed al solaio del primo piano), con ciò non consentendo al comune di apprezzare la effettiva rilevanza del mutamento di sagoma e volume del manufatto in conseguenza dell'intervento autorizzato. 2. Violazione dell'art. 25 delle norme di attuazione del P.R.G. del comune di Albenga. Violazione dell'art. 10 della legge regionale 6.6.2008, n. 16. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e travisamento dei fatti. Attesa la modifica della sagoma (con conseguente incremento volumetrico) dell'originario manufatto demolito, derivante dall'innalzamento connesso al recupero del sottotetto, l'intervento in questione sarebbe qualificabile come "nuova costruzione". Esso sarebbe dunque precluso dall'art. 25 delle N.T.A. del P.R.G. di Albenga, che, per l'ambito urbanistico A7 zona A2, in cui ricade l'immobile, ammette solo gli interventi sul patrimonio edilizio esistente sino alla ristrutturazione, con esclusione degli interventi di nuova edificazione. 3. Violazione dell'art. 6 delle norme di attuazione del P.R.G. del comune di Albenga. Violazione dell'art. 18 della legge 6.6.2008, n. 16. Violazione dell'art. 9 del D.M. 2.4.1968, n. 1444. Violazione dell'art. 2 della legge regionale 6.8.2001, n. 24. Eccesso di potere per travisamento dei fatti e carenza istruttoria. Dalla qualificazione dell'intervento in termini di nuova costruzione - anziché di ristrutturazione - deriverebbe altresì la violazione dell'art. 6 delle N.T.A. del P.R.G. e dell'art. 9 D.M. 2.4.1968, n. 1444 in tema di distanze tra fabbricati.

4. Violazione dell'art. 907 cod. civ. Violazione dell'art. 31 della legge regionale n. 16 del 2008. Eccesso di potere per difetto dei presupposti. Il progetto assentito consentirebbe l'apertura di una nuova veduta sulla proprietà della ricorrente, in asserita violazione dell'art. 907 c.c.. Si sono costituiti in giudizio il comune di Albenga ed il controinteressato signor Bruno Cattaneo, instando per la reiezione del ricorso. La difesa del controinteressato ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, vuoi perché l'intervento in questione è pressoché analogo a quello oggetto del precedente permesso di costruire 19.10.2004 e del successivo titolo in variante rilasciato in data 18.10.2007, di cui la ricorrente conosceva il contenuto; vuoi perché la stessa ricorrente - che pertanto contravviene al divieto di venire contra factum proprium - aveva precedentemente realizzato sul proprio fabbricato un intervento di ristrutturazione con recupero del sottotetto in tutto analogo a quello oggetto del presente giudizio. Nel merito, entrambe le difese delle parti resistenti hanno eccepito che il progetto in questione costituisce nient'altro che una ulteriore variante all'originario permesso di costruire 19.10.2004 ed ai successivi titoli in variante rilasciati in data 18.10.2007 e 10.11.2008, sicché legittimamente nell'ambito di una vicenda amministrativa che deve essere apprezzata unitariamente - lo "stato attuale" rappresentato coincide con quanto autorizzato dall'amministrazione comunale con l'ultimo titolo abilitativo (10.11.2008), ancorché i relativi lavori non siano stati realizzati. Per il resto, quanto al modesto innalzamento dell'edificio necessario a rendere abitabile il sotto-

tetto, l'amministrazione comunale ed il controinteressato sostengono trattarsi di un intervento espressamente qualificato come "ristrutturazione" dall'art. 2 comma 3 della L.R. Liguria 6.8.2001, n. 24 (recante recupero ai fini abitativi dei sottotetti esistenti), rientrante - come tale - tra quelli ammessi in zona dall'art. 25 delle N.T.A. del P.R.G. (la cui violazione è oggetto del secondo motivo di ricorso). La circostanza che si tratti di un intervento di ristrutturazione mediante recupero del sottotetto esistente piuttosto che di nuova costruzione escluderebbe altresì - ex art. 18 comma 1 L.R. 6.6.2008, n. 16 - l'assoggettamento al rispetto delle distanze di cui all'art. 6 delle N.T.A. del P.R.G. ed all'art. 9 del D.M. 2.4.1968, n. 1444 (oggetto del terzo motivo di ricorso), potendo l'intervento essere realizzato alla sola condizione del rispetto dell'allineamento dell'edificio preesistente. All'udienza pubblica del 6 dicembre 2012 il ricorso, previo scambio delle memorie conclusionali e di replica, è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

Diritto

Giova premettere che, in ragione della dedotta e non contestata vicinitas, sussiste certamente quello stabile collegamento tra la ricorrente e la zona interessata dall'attività edilizia assentita, che la legittima al ricorso contro il titolo edilizio (art. 31 comma 11 L. 17.8.1942, n. 1150). Stante l'autonomia dell'istanza, espressamente formulata dal controinteressato come richiesta di nuovo permesso di costruire (anziché come variante a precedente titolo edilizio) su presentazione di un "progetto ex novo" (cfr. doc. 3 delle produzioni 7.2.2011 di parte comunale, sul frontespizio dell'istanza e a p. 2 della premessa alla relazione illustrativa), il rilascio del nuovo titolo radica ex novo la legittimazione e l'interesse dei vicini ad impugnarlo. A ciò si aggiunga che, alla formale autonomia del nuovo permesso di costruire rispetto ai titoli edilizi precedenti, corrisponde - sul piano sostanziale - la diversità dei relativi progetti, posto che mentre fino alla variante 10.11.2008 l'innalzamento del sottotetto risultava assentito in linea con il prolungamento della falda di copertura del fabbricato limitrofo (cfr. la relazione tecnica e le tavole allegate al permesso di costruire 10.11.2008 - doc. 6 delle produzioni 21.3.2011 di parte controinteressata), il permesso di costruire impugnato ha invece legittimato il suo innalzamento oltre la falda di copertura del fabbricato di proprietà della ricorrente, risultando così sopraelevato rispetto a quest'ultimo (cfr. le tavole allegate al permesso di costruire 22.2.2010 - doc. 7 delle produzioni 21.3.2011 di parte controinteressata). Per il resto, la circostanza che l'odierna ricorrente abbia beneficiato di un permesso di costruire rilasciato dal comune per un analogo intervento di recupero del sottotetto non la priva affatto dell'interesse ad impugnare, posto che, essendo il relativo titolo edilizio inoppugnabile, esso deve presumersi conforme alla vigente disciplina urbanistico-edilizia, ed in ogni caso non costituisce parametro di legittimità del permesso di costruire gravato in questa sede. Ciò chiarito in ordine all'ammissibilità del ricorso, nel merito assume rilievo dirimente la esatta qualificazione giuridica dell'intervento, posto che i vizi denunciati con il secondo motivo di ricorso (violazione dell'art. 25 delle N.T.A. del P.R.G., che per la zona in questione ammette soltanto interventi sul patrimonio edilizio esistente fino alla ristrutturazione, con esclusione di quelli di nuova edificazione) e con il terzo (violazione delle distanze stabilite

dall'art. 6 delle N.T.A. del P.R.G. e dall'art. 9 D.M. 2.4.1968, n. 1444 in tema di distanze tra fabbricati) presuppongono che l'intervento in questione, aumentando il volume e la sagoma di ingombro del manufatto preesistente, integri propriamente una nuova edificazione piuttosto che una mera ristrutturazione, secondo la formale qualificazione attribuita dal permesso di costruire impugnato. Ai fini della corretta qualificazione dell'intervento edilizio - operazione che è preliminare in vista della verifica giudiziale sul rispetto dei pertinenti parametri urbanistico-edilizi (ovviamente diversi per la nuova costruzione e per la ristrutturazione) - assume rilevanza la L.R. ligure 6.8.2001, n. 24, la quale, pur consentendo che gli interventi edilizi per il recupero ai fini abitativi dei sottotetti esistenti possano avvenire anche con modificazione delle altezze di colmo e di gronda del tetto, nonché delle linee di pendenza delle falde ai fini del conseguimento delle altezze minime interne (art. 2 commi 6 ed 8) - e dunque mediante modifica della sagoma di ingombro - stabilisce nondimeno, all'art. 2 comma 3, che essi "sono classificati come ristrutturazione edilizia ai sensi dell'art. 31, lettera d) della legge 5.8.1978 n.457", cioè come interventi di recupero del patrimonio edilizio esistente, con ciò escludendo in radice che possa trattarsi di interventi di nuova costruzione mediante sopraelevazione, da assoggettare ai pertinenti limiti stabiliti per ciascuna zona dal P.R.G.. In base a tale disposizione, l'intervento in questione sarebbe dunque da qualificarsi - ex lege - come ristrutturazione, ancorché importi sopraelevazione e modifica della sagoma dell'edificio preesistente da demolire. Il collegio ritiene tuttavia che la disposizione di cui art. 2 comma 3 primo periodo ("gli interventi diretti al recupero dei sottotetti sono classificati come ristrutturazione edilizia ai sensi dell'articolo 31, lettera d), della legge 5 agosto 1978 n.457") della legge regionale Liguria 6.8.2001, n. 24 debba ritenersi abrogata, e non possa dunque trovare applicazione nel presente giudizio. È noto infatti che la Corte costituzionale ha più volte ricondotto nell'ambito della normativa di principio in materia di governo del territorio le disposizioni legislative riguardanti i titoli abilitativi per gli interventi edilizi (C. cost., 1.10.2003, n. 303, punto 11.2 del considerato in diritto) e le disposizioni che ne definiscono le categorie, sul presupposto che è in conformità a queste ultime che è disciplinato il regime dei titoli abilitativi, con riguardo al procedimento e agli oneri, nonché agli abusi e alle relative sanzioni, anche penali (C. cost. 23.11.2011, n. 309, punti 2.1 e seguenti del considerato in diritto). Più in particolare - e con specifica attinenza alla medesima questione che si agita anche nel presente giudizio - la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 27, comma 1, lettera d) ultimo periodo della legge della Regione Lombardia 11 marzo 2005, n. 12, nella parte in cui esclude l'applicabilità del limite della sagoma alle ristrutturazioni edilizie mediante demolizione e ricostruzione, ha recentemente affermato: - che le categorie di interventi edilizi sono individuate dall'art. 3 del D.P.R. n. 380 del 2001, collocato nel titolo I della parte I del testo unico, intitolato «Disposizioni generali»; - che la lettera d) del comma 1 di detto articolo include, nella definizione di «ristrutturazione edilizia», gli interventi di demolizione e ricostruzione con identità di volumetria e di sagoma rispetto all'edificio preesistente; - che la successiva lettera e) classifica come interventi di «nuova costruzione» quelli di «trasformazione edilizia e urbanistica del territorio non ri-

entranti nelle categorie definite alle lettere precedenti); -che pertanto, in base alla normativa statale di principio, un intervento di demolizione e ricostruzione che non rispetti la sagoma dell'edificio preesistente -intesa quest'ultima come la conformazione planivolumetrica della costruzione e il suo perimetro considerato in senso verticale e orizzontale -configura un intervento di nuova costruzione e non di ristrutturazione edilizia (C. cost., 23.11.2011, n. 309, punto 2.2 e seguenti del considerato in diritto). E ciò, in quanto la linea di distinzione tra le ipotesi di nuova costruzione e quelle degli altri interventi edilizi non può non essere dettata in modo uniforme sull'intero territorio nazionale, la cui «morfologia» identifica il paesaggio, sicché, se il legislatore regionale potesse definire a propria discrezione tale linea, la conseguente difformità normativa che si avrebbe tra le varie regioni produrrebbe rilevanti ricadute sul «paesaggio [...] della Nazione» (art. 9 Cost.), inteso come «aspetto del territorio, per i contenuti ambientali e culturali che contiene, che è di per sé un valore costituzionale» (sentenza n. 367 del 2007), e sulla sua tutela (così sempre C. cost., n. 309/2011 cit.). Del resto, conformemente alla citata normativa statale di principio, la L.R. Liguria 6.6.2008, n. 16 sulla disciplina generale dell'attività edilizia, all'art. 10 comma 2 lettera e), considera di ristrutturazione edilizia - tra gli altri - gli interventi che comportino «la demolizione e successiva ricostruzione di un fabbricato esistente [...], che rispetti la sagoma e i volumi originari fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica e quelle previste come obbligatorie dalle normative tecniche di settore», con ciò confermando che, nel caso di demolizione e successiva ricostruzione, coesistente alla qualificazione dell'intervento in termini di ristrutturazione è il rispetto dei volumi e della sagoma dell'edificio preesistente, intesa quest'ultima come la conformazione plano-volumetrica della costruzione e il suo perimetro considerato in senso verticale e orizzontale. Orbene, è noto che, in linea con la regola generale dettata dall'art. 15 disp. prel. c.c. («le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori [...] per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore»), l'art. 10 della legge 10.2.1953, n. 62 (così detta legge Scelba, recante costituzione e funzionamento degli organi regionali) stabilisce che «1. le leggi della Repubblica che modificano i principi fondamentali di cui al primo comma dell'articolo precedente abrogano le norme regionali che siano in contrasto con esse. 2. I Consigli regionali dovranno portare alle leggi regionali le conseguenti necessarie modificazioni entro novanta giorni». Tali disposizioni non risultano abrogate né esplicitamente, né implicitamente, da leggi sopravvenute e, in particolare, dalla L. n. 131 del 5 maggio 2003 (recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3), che, all'art. 10 commi 9 e 10, dispone - rispettivamente -la modifica o l'abrogazione di alcune norme della stessa legge n. 62 del 1953, ma non di quelle di cui all'art. 10: in tal senso si è recentemente espresso il supremo organo della giustizia amministrativa (Cons. di St., Ad. Plen., 7.4.2008, n. 2), conoscendo di una fattispecie analoga, attinente all'ultrattività o meno, dopo l'entrata in vigore del testo unico dell'edilizia D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, di norme regionali previgenti di contenuto difforme. Del resto, dal momento che per l'art. 117 Cost. - sia nella vecchia e che nella nuova formulazione de-

rivante dalla legge costituzionale 18.10.2001, n. 3 - le leggi regionali in materia di legislazione concorrente o ripartita (qual era l'urbanistica, cui è succeduto il governo del territorio) incontrano il limite dei principi delle leggi statali, è perfettamente logico che esse non possano seguitare ad avere vigore quando vengano a contrastare con principi della legislazione statale succeduti a quelli anteriormente presenti nel sistema (così C. cost. 3.3.1972, n. 40, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 della L. n. 62/1953 sollevata in via principale dalle regioni Lombardia, Veneto e Abruzzi). Dunque, nel momento in cui il legislatore nazionale è intervenuto nella materia, assegnando alle norme contenute nel testo unico dell'edilizia volte alla classificazione degli interventi edilizi il carattere di norme di principio (e tale è certamente la disposizione di cui all'art. 3 comma 1 lett. d - cfr. C. cost., n. 309/2011 cit.), devono ritenersi - per ciò stesso -abrogate le norme delle regioni a statuto ordinario con esse confliggenti (così Cons di St., Ad. Plen., n. 2/2008 cit.) e, per quanto interessa la presente fattispecie -la disciplina di fonte regionale di cui all'art. 2 comma 3 primo periodo della legge regionale Liguria 6.8.2001, n. 24. La espressa classificazione come ristrutturazione di un intervento edilizio di demolizione e ricostruzione con recupero del sottotetto che alteri i volumi e la sagoma dell'edificio preesistente è infatti incompatibile con la disposizione di principio di cui all'art. 3 comma 1 lett. d) D.P.R. n. 380/2001, a mente del quale gli interventi consistenti nella demolizione e ricostruzione sono ricompresi nell'ambito della ristrutturazione edilizia soltanto ove sia assicurato il rispetto della stessa volumetria e sagoma dell'edificio preesistente. Del resto, la regione Liguria ha adeguato la disciplina di dettaglio dell'attività edilizia ai principi fondamentali desumibili dal D.P.R. n. 380/2001 con la L.R. 6.6.2008, n. 16 (art. 1), il cui art. 10 comma 2 lett. e) classifica come ristrutturazione - in linea con la norma statale di principio - la demolizione e successiva ricostruzione di un fabbricato esistente, «che rispetti la sagoma e i volumi originari». Questa è dunque la disposizione applicabile nel caso di specie, in vista della corretta qualificazione dell'intervento edilizio. Ciò posto, in punto di fatto non è contestato - ed è dunque pacifico in causa - che il permesso di costruire impugnato ha assentito un'operazione che, benché in misura modesta, nondimeno altera incontestabilmente il volume e la sagoma di ingombro del manufatto preesistente, prevedendone l'innalzamento oltre la falda di copertura del fabbricato di proprietà della ricorrente (cfr. la documentazione fotografica doc. 13 delle produzioni 26.10.2012 di parte controinteressata), integrando un intervento di nuova costruzione (per la equiparazione - pacifica in giurisprudenza - della sopraelevazione alla nuova costruzione cfr. Cass., II, 3.1.2011, n. 74; id., III, 1.10.2009, n. 21059; T.A.R. Campania, II, 2.12.2009, n. 8326). Donde la fondatezza del secondo motivo di ricorso, giacché l'art. 25 delle N.T.A. del P.R.G. di Albenga, per l'ambito urbanistico A7 zona A2 in cui ricade l'immobile, ammette solo gli interventi sul patrimonio edilizio esistente sino alla ristrutturazione, con esclusione degli interventi di nuova edificazione. Parimenti fondato è anche il terzo motivo di ricorso. Difatti, la sopraelevazione del fabbricato di proprietà Cattaneo oltre il profilo superiore del muro di confine con la proprietà Ghini, distando solo m. 3,50-3,70 dalla parete dell'edificio frontistante ove è presente una finestra (in corrispondenza del ca-

vedio, cfr. docc. n. 13 delle produzioni 21.3.2011 di parte ricorrente e n. 14 delle produzioni 26.10.2012 di parte controinteressata), viola il limite di distanza di dieci metri tra i fabbricati imposto dall'art. 9 del D.M. 2.4.1968, n. 1444 (distanza che è richiesta anche nel caso che una sola delle pareti fronteggianti sia finestrata, essendo sufficiente per l'applicazione di tale distanza che le finestre esistano in qualsiasi zona della parete contrapposta ad altro edificio, ancorché solo una parte di essa si trovi a distanza minore da quella prescritta - Cass., VI, 27.6.2012, n. 10753). Né rileva la circostanza, invocata da entrambe le difese del comune e di parte controinteressata, che si versi in zona "A" di P.R.G., posto che il limite di distanza corrispondente a quella tra i volumi edificati preesistenti riguarda soltanto gli interventi di risanamento conservativo e di ristrutturazione, mentre nel caso di specie si tratta - come detto - di nuova costruzione (cfr. Cons. di St., VI, 27.1.2003, n. 419; id., V, 19.3.1999, n. 280, per i quali alla realizzazione di nuovi edifici in zona omogenea A si applica la distanza minima assoluta di dieci metri di cui all'art. 9 comma 1 n. 2 D.M. 2.4.1968). Restano assorbiti gli altri motivi di ricorso (1 e 4). Le spese seguono come di regola la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

[...] definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, Accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla il permesso di costruire 22.2.2010, n. 278/2009-0.

(...*Omissis*...)

(1-3) Divieto di "venire contra factum proprium", abrogazione di norme regionali incompatibili con i principi fondamentali dettati dallo Stato e qualificazione giuridica degli interventi edilizi: il caso della disciplina ligure in tema di recupero dei sottotetti.

Sommario: 1. *Premessa.* 2. *Sull'interesse ad impugnare il permesso di costruire e il divieto di "venire contra factum proprium".* 3. *Sulla tacita abrogazione di norme regionali incompatibili con i principi fondamentali dettati dallo Stato e il DPR 380/2001.* 4. *Sulla qualificazione giuridica degli interventi edilizi e sue conseguenze.* 5. *Conclusioni.*

1. Premessa.

Il caso deciso dalla sentenza n. 1658/2012 del TAR Liguria concerne un permesso di costruire rilasciato dal Comune di Albenga per lavori di ristrutturazione edilizia mediante demolizione e successiva ricostruzione, con recupero a fini abitativi del sottotetto di un fabbricato. Tali interventi modificano il volume e la sagoma di ingombro del manufatto preesistente, con innalzamento oltre la falda di copertura dell'immobile di proprietà del vicino. Quest'ultimo impugna il predetto permesso di costruire. La questione verte sulla qualificazione giuridica dell'intervento di recupero del sottotetto. Infatti, il Piano Regolatore del Comune consente, per la zona in questione, esclusivamente interventi di ristrutturazione. Inoltre, in caso di nuova edificazione occorre rispettare la disciplina relativa alle distanze tra fabbricati; ciò non è richiesto per la mera ristrutturazione. Il permesso di costruire viene rilasciato sulla base della qualificazione dell'intervento quale ristrutturazione, in ossequio all'art. 2, c. 3 L. Regione Liguria 24/2001. Tuttavia, tale

norma contrasta con i principi dettati dal Testo Unico dell'Edilizia (di cui al DPR 380/2001), nonché con l'art. 10, c. 2 lett. e) della Legge Regione Liguria n. 16/2008.

2. Sull'interesse ad impugnare il permesso di costruire e il divieto di "venire contra factum proprium".

In via preliminare, il Tribunale Amministrativo affronta la questione dell'interesse a ricorrere. Nel caso di specie il ricorrente ha precedentemente ottenuto un permesso di costruire per un intervento analogo a quello oggetto del provvedimento che va ad impugnare. Il controinteressato formula eccezione di inammissibilità sulla base del divieto di "venire contra factum proprium". Tale divieto, la cui origine viene ricondotta al diritto medievale, ha ricevuto un'ampia elaborazione da parte della dottrina e della giurisprudenza tedesca del secolo scorso (1). Nel nostro ordinamento, la sua applicazione da parte della Giustizia amministrativa non è infrequente (2). In particolare, si ritiene che il *venire contra factum proprium* dettato da ragioni meramente opportunistiche sia una "figura paradigmatica" dell'abuso del diritto. Il divieto di abuso del diritto, in quanto espressione di un principio generale che si riallaccia al canone costituzionale di solidarietà, si applica anche in ambito processuale (3). Nella sentenza che si commenta, il TAR Liguria ha ritenuto ammissibile il ricorso. Ciò in quanto la circostanza che un soggetto abbia beneficiato di un permesso di costruire rilasciato dal comune per un intervento di recupero di un sottotetto non lo priva dell'interesse ad impugnare il permesso di costruire rilasciato successivamente al proprio vicino per un intervento analogo.

3. Sulla tacita abrogazione di norme regionali incompatibili con i principi fondamentali dettati dallo Stato e il DPR 380/2001.

Per risolvere il caso alla sua attenzione, il TAR Liguria ha poi dovuto affrontare il tema del riparto di competenze tra leggi statali e leggi regionali. L'edilizia viene ricondotta al concetto di "governo del territorio" (4); pertanto, rientra nelle materie di competenza legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni ex art. 117, c. 3 Cost. La cerniera tra le due legislazioni è costituita dai principi fondamentali determinati dalla legislazione dello Stato. Questa disposizione ha dato luogo a numerosi problemi (5). Infatti, non è sempre agevole distinguere i "principi fondamentali" (ed una auto-definizione di una legge come legge-cornice non pare risolutiva) (6). L'art. 17 della legge 281/1970 consente di desumere i principi fondamentali dalle leggi statali vigenti; nello stesso senso, l'art. 3 della legge 131/2003 (c.d. legge "La Loggia") prevede che i principi fondamentali siano "espressamente determinati dallo Stato o, in difetto, desumibili dalle leggi statali vigenti". Quanto agli effetti della modifica dei principi fondamentali sulle leggi regionali, si è affermato il criterio per cui la legge regionale incompatibile risulta abrogata (e non si tratta dunque di una illegittimità sopravvenuta per violazione dell'art. 117). Ciò sulla base dell'art. 10 della legge 62/1953 (c. d. "legge Scelba") e dell'art. 15 disp. prel. c.c.. Tale principio è stato applicato dalla giurisprudenza costituzionale (7), di legittimità (8) ed amministrativa (9). Se non vi è incompatibilità assoluta tra le due norme (tale da dar luogo alla abrogazione) (10), può proporsi una questione di illegittimità costituzionale (11). La

Regione può nuovamente legiferare sostituendo la normativa divenuta illegittima (12). Ciò in quanto legge statale e legge regionale sono sullo stesso piano nella gerarchia delle fonti e sono distinte solo per competenza (13). Ci si è chiesti se l'abrogazione abbia luogo immediatamente, oppure dopo lo spirare dei 90 giorni per l'adeguamento da parte delle Regioni alla nuova disciplina (14); si è concluso per l'immediato ed automatico effetto abrogativo (15). L'abrogazione ex art. 10 L. 62/1953 è stata ritenuta conforme a Costituzione dalla Corte Costituzionale, che ha deciso su un conflitto di attribuzioni sollevato dalla Regione Veneto nei confronti del TAR Veneto (16). Va sottolineato che, se una legge regionale è in contrasto con una legge statale antecedente, essa è costituzionalmente illegittima e tale illegittimità viene dichiarata dalla Corte Costituzionale (e non si ha dunque luogo ad abrogazione tacita, in quanto non si può applicare il criterio cronologico di cui all'art. 15 disp. prel.) (17). Il principio della abrogazione delle leggi regionali incompatibili con i principi fondamentali successivamente dettati dallo stato è rimasto in vigore anche dopo la riforma del Titolo V della Costituzione (nonché dopo l'emanazione della L. 131/2003); ciò è stato confermato dalla Giurisprudenza del Consiglio di Stato (18). In particolare, per quanto concerne l'oggetto della pronuncia in commento, la sentenza del Consiglio di Stato Ad. Plen. n. 2/2008 afferma che il legislatore nazionale ha assegnato al DPR 380/2001 (volto al riordino della materia dell'edilizia) il carattere di norme di principio; pertanto, vanno considerate abrogate le norme delle regioni a statuto ordinario con esso confliggenti. In relazione alla materia dell'edilizia, degna di nota è poi la sentenza della Corte Costituzionale n. 309/2011 (19), nel giudizio di legittimità costituzionale avente ad oggetto disposizioni lombarde del 2005 e del 2010, difformi rispetto al DPR 380/2001. Tali norme sono state dichiarate incostituzionali per violazione dell'art. 117, c. 3 Cost. Infatti, secondo la Corte, la definizione delle varie categorie di interventi spetta allo Stato e l'art. 3 DPR 380/2001 contiene principi fondamentali della materia. La Corte sottolinea poi che, a livello nazionale, occorre una disciplina uniforme relativamente alle definizioni di ristrutturazione e nuova costruzione; ciò in quanto esse vanno ad incidere sul "paesaggio" che, ex art. 9 Cost., è un valore costituzionale (20). Pare opportuno, a questo punto, soffermarsi brevemente sulle disposizioni oggetto della sentenza che si commenta. Innanzitutto, il DPR 380/2001 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 245 del 20/8/2001. Esso da un lato ripropone disposizioni legislative statali precedenti, mentre dall'altro dispone significative modifiche (21). Ha avuto un *iter* travagliato: è entrato in vigore dall'1/01/2002 fino al 9/01/2002; in seguito, l'entrata in vigore è stata dapprima "prorogata" al 30/06/2002 (con l'art. 5 bis del D. L. 411/2001 convertito in L. 463/2001) e poi al 30/06/2003 (con l'art. 2 del D. L. 122/2002 convertito in L. 185/2002) (22). Esso "contiene i principi fondamentali e generali e le disposizioni per la disciplina dell'attività edilizia" (art. 1) (23). L'art. 3, nella sua versione originaria, prevedeva, alla lettera d), la definizione di interventi di ristrutturazione edilizia come: a) interventi di trasformazione che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente (intervento conservativo); b) "demolizione e successiva fedele ricostruzione di un fabbricato identico, quanto a sagoma, volumi, area di sedime e caratteristiche dei mate-

riali, a quello preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica" (intervento ricostruttivo) (24). Detta disposizione riprende l'art. 31 L. 457/1978 con la specificazione relativa agli interventi di demolizione e ricostruzione. Ciò al fine di dare certezza ad un orientamento consolidato in giurisprudenza, che ammetteva detta ipotesi, pur non espressamente indicata dal legislatore del 1978 (25). La lettera d) è stata modificata dal D. Lgs. 301/2002: è stato eliminato il riferimento alla "fedele" ricostruzione e si è precisato che la ricostruzione costituisce ristrutturazione se il risultato finale coincide nella volumetria e nella sagoma con il preesistente edificio demolito (26). L'identità della volumetria e della sagoma non costituisce, invece, un limite per gli interventi di ristrutturazione che non comportino la previa demolizione dell'edificio (27). La legge Liguria 24/2001 è stata pubblicata sul BUR n. 08 del 22/8/2001. Essa ha la finalità di disciplinare il recupero dei sottotetti al fine di renderli abitabili. L'art. 2, c. 3 primo periodo recita: "Gli interventi diretti al recupero dei sottotetti sono classificati come ristrutturazione edilizia ai sensi dell'art. 31, lettera d), della legge 5 agosto 1978 n. 457". Lo stesso art. 2 fissa un'altezza media interna (il superamento di detta altezza configura un intervento di nuova costruzione (28)) e consente il recupero anche con modifica di altezza e sagoma di ingombro (29). Il TAR Liguria, nella sentenza che si commenta, dopo aver richiamato le sentenze della Corte Costituzionale numeri 303/2003 e 309/2011, nonché la sentenza Cons. Stato, Ad. Plen. 2/2008 (30), applica l'art. 15 disp. prel. C.C. e l'art. 10 L. 62/1953. Per l'effetto di tale applicazione, i Giudici ritengono abrogata (e dunque non applicabile) la disposizione di cui all'art. 2, c. 3, primo periodo della legge Regione Liguria 24/2001, per incompatibilità con l'art. 3, c. 1 lett. d) del T.U. dell'edilizia.

4. Sulla qualificazione giuridica degli interventi edilizi e sue conseguenze.

È indubbio che l'art. 2, c. 3 primo periodo della legge regionale contrasti con quanto previsto dal DPR 380/2001. Ciò è ancor più evidente se si considera quanto previsto dalla Legge Regione Liguria 16/2008 (da ultimo modificata dalla legge 9/2012), recante "Disciplina dell'attività edilizia", emanata in attuazione dei principi fondamentali di cui al DR 380/2001. Infatti, la disposizione oggetto del giudizio del TAR è in netto contrasto con l'art. 10 L. Regione Liguria 16/2008, come affermato anche dalla sentenza in commento. In applicazione delle norme richiamate, secondo il TAR gli interventi di recupero del sottotetto, attraverso demolizione e ricostruzione, che modificano volume e sagoma del fabbricato preesistente, sono da considerarsi nuova edificazione e non mera ristrutturazione (31). Tale qualificazione giuridica comporta che, innanzitutto, il predetto intervento non sia consentito dalle N.T.A. del P.R.G. di Albenga (che qualifica come "A" la zona interessata). Inoltre, tale intervento viola la disciplina relativa alle distanze tra costruzioni, tra cui quella di cui all'art. 9 del D.M. n. 1444/1968. L'art. 9 DM 1444/1968 è norma volta ad evitare, nell'interesse pubblico, la formazione di intercapedini nocive tra edifici (e non a salvaguardare l'interesse privato del frontista alla riservatezza) (32). La sentenza impugnata, conformemente a pronunce precedenti (33), ritiene sia violata la norma ex art. 9, c. 1 n. 2 (che prescrive una distanza

di dieci metri (34)) con riferimento ad una finestra presente nella parete dell'edificio frontistante. Per tali ragioni, il TAR annulla il permesso di costruire impugnato.

5. Conclusioni.

La lettura della sentenza in commento induce qualche breve riflessione. Infatti, con riferimento all'art. 10 della legge Scelba, il *modus decidendi* che ne deriva, pur essendo stato dichiarato conforme a Costituzione, desta qualche perplessità. È evidente il fatto che esso renda incerta l'applicazione del diritto. Infatti, per i privati e le amministrazioni non è agevole comprendere quali norme siano in vigore, nonché quali siano da considerare applicabili in un determinato caso concreto (35). Tutto ciò, inoltre, non fa che aumentare, necessariamente, il conflitto e, dunque, l'area del contenzioso.

Valentina Cavanna
Avvocato, Foro di Genova

Note:

(1) Tale principio viene, in via generale, largamente utilizzato (anche nel nostro Paese) nei rapporti tra privati (ad esempio nei contratti e in tema di filiazione). La diffusione del principio nel diritto tedesco, nonché nel nostro ordinamento, è da attribuirsi anche alla pubblicazione dello studio monografico di E. Riezler, *Venire contra factum proprium (Studien in roemischen, englischen und deutschen Zivilrecht)*, Leipzig, 1912. Nei paesi di lingua tedesca, il divieto tramandato dalla formula latina viene richiamato per giustificare l'applicazione della clausola di cui al § 242 BGB. Nell'esperienza di *common law*, una funzione simile a quella svolta in Germania dal divieto di *venire contra factum proprium* è assolta dall'*estoppel*. Non può in questa sede darsi conto della assai vasta produzione dottrinale e giurisprudenziale relativa al divieto di *venire contra factum proprium*. Si veda a tal proposito l'opera di Procchi, *L'exceptio doli generalis e il divieto di venire contra factum proprium*, in L. Garofalo (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Padova, 2006. Si vedano anche F. Astone, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006, nonché F. testì, *Il divieto di "venire contro il fatto proprio"*, Milano, 2007.

(2) Tale principio è stato applicato dal TAR Sicilia, sede Catania, n. 1124/2012. Si vedano anche le sentenze del Consiglio di Stato 1209/2012 e 703/2013. Nella sentenza TAR Campania, n. 2389/2004, in Foro Amm. TAR 2004, 199, con nota di M. De Falco, *Il divieto di venire contra factum proprium nel processo amministrativo*, si è ravvisato un difetto di interesse a ricorrere nel caso di un soggetto che, dopo averlo richiesto alla Pubblica Amministrazione, ha impugnato un provvedimento conforme al modello legale; tuttavia, questo profilo di inammissibilità della domanda è stato superato dall'esame nel merito della stessa (rigettata).

(3) Si veda Cons. Stato n. 656/2012. La sentenza richiama le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (n. 23726/2007) e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (decisione n. 3/2011), che hanno riconosciuto la vigenza, nel nostro sistema, di un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva; tale divieto, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto.

(4) Si veda la sentenza n. 303/2003 (su www.giurcost.org, con un elenco di commenti alla decisione), nella quale la Corte Costituzionale affronta il tema del riparto di competenze normative tra Stato e Regioni ed afferma che la distinzione delle competenze non è rigida; bensì occorre fare riferimento al principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost., che consente la allocazione delle funzioni al livello più adeguato. Si vedano anche le sentenze n. 362/2003 e n. 196/2004.

(5) Per esempio, ha causato una legislazione regionale "frammentaria e alluvionale": così Italia - Landi - Potenza, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2002.

(6) Per un'ampia disamina delle problematiche sottese alla questione e la relativa bibliografia, si rinvia a R. Bin, *Legge regionale*, nonché R. Bin, *La legge regionale, tra "ri-materializzazione" delle materie, sussidiarietà e resurrezione dell'interesse nazionale*, entrambi in www.robertobin.it.

(7) Si vedano le sentenze della Corte Costituzionale n. 39/1971 e 40/1972. La sentenza della Corte Costituzionale, n. 498/1993 considera inammissibile la questione di illegittimità costituzionale di una norma regionale da ritenersi abrogata sulla base dell'art. 10 L. 62/1953. Invece, nella sentenza n. 153/1995 la Corte, dopo aver dato atto del predetto principio, afferma: "... dal momento che il giudice a quo, competente a rilevare tale evenienza, afferma espressamente sulla base di una nozione di abrogazione di carattere dogmatico anziché di una di diritto positivo - che le leggi regionali in esame non debbono essere considerate abrogate, ragioni essenziali di certezza del diritto inducono questa Corte... a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme sottoposte al proprio giudizio". Si vedano anche le sentenze Corte Cost. numeri 171/1999 e 307/2003 (quest'ultima, circa il tema dell'ambiente e della legalità sostanziale).

(8) Si veda anche Cass. Civ. n. 3162/1986. Secondo la Cass. Civ. numeri 13077/2000, 4631/2006 e 23634/2012, la regola dettata dall'art. 10 L. 62/1953 deve ritenersi applicabile anche alla legislazione concorrente delle regioni a statuto speciale.

(9) Secondo Cons. Stato, n. 5119/2008, in www.giustizia-amministrativa.it: "le leggi generali dello Stato, contenenti principi fondamentali in ordine a determinate materie, hanno, ai sensi dell'art. 10 della legge 10 febbraio 1953, n. 62, effetto abrogativo delle leggi regionali non conformi e sono immediatamente applicabili nelle regioni, finché esse non abbiano adattato ai nuovi principi la propria normativa". Nello stesso senso, Cons. Stato numeri 2455/2001 e 6275/2003. Anche TAR Puglia, Sede Bari, n. 1639/2006, nonché TAR Liguria, n. 76/2013.

(10) Si ha detta incompatibilità solo quando tra le leggi considerate vi sia una contraddizione tale da renderne impossibile la contemporanea applicazione, cosicché dall'applicazione ed osservanza della nuova legge deriva necessariamente la disapplicazione o l'inosservanza dell'altra: si veda Cass. Civ. n. 1760/1995.

(11) Cass. Pen. numeri 5196/1982; 11890/1982; 3882/1998. Cass. Civ. n. 1873/1999.

(12) Si veda G. Rolla, *L'organizzazione territoriale della Repubblica*, Milano, 2005, 81 e seguenti.

(13) Quanto alla invasività della legislazione statale, si è affermato che essa può espandersi oltre la determinazione dei principi fondamentali solo in presenza di determinati presupposti, quali l'assunzione di funzioni in base al principio di sussidiarietà e la non irragionevolezza della sfera di competenza regionale (Corte Cost. 282/2002). Si veda anche Corte Cost. n. 303/2003 in nota n. 4.

(14) Secondo TAR Friuli Venezia Giulia, n. 483/2003: "non ha più efficacia, trascorso il termine di 90 giorni, di cui alla norma predetta, la preesistente normativa regionale di dettaglio, cui si sostituisce quella statale sopravvenuta, sia, ovviamente, nelle sue disposizioni di principio che, in via dispositiva o suppletiva, e cioè fino all'introduzione di una nuova legislazione regionale conforme a detti principi, altresì in quelle di dettaglio".

(15) La dottrina prevalente è così orientata. Si veda, a tal proposito: L. Paladin, *Diritto Regionale*, Padova, 2000; F. Cuocolo, *Diritto Regionale Italiano*, Torino, 1991. Invece, autori come Crisafulli ritengono che sia necessario attendere i novanta giorni previsti dalla Legge Scelba per aversi abrogazione: si veda V. Crisafulli, *Lezioni di Diritto Costituzionale, II*, Padova, 1993.

(16) Si tratta della sentenza della Corte Costituzionale n. 223/2007 (in www.giurcost.org), secondo cui "Nel dichiarare il suddetto effetto abrogativo, il T.A.R. del Veneto non ha fatto altro che esercitare un potere strettamente inerente alla funzione giurisdizionale, che consiste nell'applicazione delle norme vigenti ai casi concreti. È del tutto evidente che il giudice deve previamente accertare se le norme che viene chiamato ad applicare nel procedimento di sua competenza siano ancora in vigore o eventualmente siano state abrogate in modo esplicito o implicito da leggi successive, secondo

quanto stabilisce l'art. 15 delle disposizioni preliminari al codice civile. Tale dovere di verifica è conseguenza naturale e necessaria del criterio cronologico, che, insieme a quello gerarchico ed a quello di competenza, disciplina il sistema delle fonti del diritto. Il controllo sull'attuale vigenza di una norma giuridica spetta istituzionalmente al giudice comune e precede ogni possibile valutazione sulla legittimità costituzionale della medesima norma. Correttamente, pertanto, il giudice amministrativo ha operato, in via preliminare, tale controllo". Le sentenze di cui si doleva la Regione erano le sentenze TAR Veneto 3200/2005 e 1735/2005, in *Foro Amm. TAR*, 2005, 11, 3460, con nota di C. Pagliarin, *La «ghigliottina» della vecchia legge Scelba si abbatte sul nuovo regionalismo italiano*. L'Autore ricorda come nella sentenza della Corte Cost. n. 171/1999 si sia affermato che gli stessi effetti abrogativi discendono anche dalle disposizioni legate da un rapporto di coesenzialità o di necessaria integrazione a quelle che fissano i principi.

(17) A tal proposito, si veda anche R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni*, Milano, 1998. Si vedano anche G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Articoli 114-120*, Bologna, 1985 e P. Condon (a cura di), *Commentario al Codice Civile*, Milano, 2009.

(18) Cons. Stato, n. 1159/2008 (in materia di inquinamento elettromagnetico). Si veda anche la sentenza Cons. Stato 4793/2008, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2008, 11, 3022, con nota di G. D'Elia, *La «no-vità» dei principi nel testo unico in materia edilizia e le norme statali cedevoli*. Secondo TAR Piemonte, 7/12/2012, n. 1305, "la norma citata non è mai stata abrogata esplicitamente né implicitamente e che pertanto essa ancora oggi può fondare l'abrogazione di norme di regioni a statuto ordinario per contrasto con norme statali sopravvenute emanate in materie a legislazione concorrente. Tale conclusione si impone tanto più per il fatto che il citato art. 10 della legge 62/53 è espressione di quello stesso principio di cedevolezza sul quale si fonda anche l'art. 1 comma 2 della legge n. 131/2003, che relativamente alle materie di competenza statale esclusiva afferma la perdita di efficacia di norme regionali per effetto della sopravvenienza di norme statali contrastanti".

(19) Si rinvia al contributo di E. Mitzman, *La Corte costituzionale conferma i limiti della ristrutturazione edilizia mediante demolizione e ricostruzione: le definizioni degli interventi edilizi come principi fondamentali della legislazione statale, tra governo del territorio e tutela del paesaggio nazionale*, in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2011/0026_nota_309_2011_mitzman.pdf.

(20) Si veda quanto affermato dalla Corte Cost. 367/2007: "Come si è venuto progressivamente chiarendo già prima della riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione, il concetto di paesaggio indica, innanzitutto, la morfologia del territorio, riguarda cioè l'ambiente nel suo aspetto visivo. Ed è per questo che l'art. 9 della Costituzione ha sancito il principio fondamentale della "tutela del paesaggio" senza alcun'altra specificazione. In sostanza, è lo stesso aspetto del territorio, per i contenuti ambientali e culturali che contiene, che è di per sé un valore costituzionale. Si tratta peraltro di un valore "primario", come ha già da tempo precisato questa Corte (sentenza n. 151 del 1986; ma vedi anche sentenze n. 182 e n. 183 del 2006), ed anche "assoluto", se si tiene presente che il paesaggio indica essenzialmente l'ambiente (sentenza n. 641 del 1987). L'oggetto tutelato non è il concetto astratto delle "bellezze naturali", ma l'insieme delle cose, beni materiali, o le loro composizioni, che presentano valore paesaggistico. Sul territorio gravano più interessi pubblici: quelli concernenti la conservazione ambientale e paesaggistica, la cui cura spetta in via esclusiva allo Stato, e quelli concernenti il governo del territorio e la valorizzazione dei beni culturali ed ambientali (fruizione del territorio), che sono affidati alla competenza concorrente dello Stato e delle Regioni. La tutela ambientale e paesaggistica... precede e comunque costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle Regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali...".

(21) Secondo una corrente interpretativa del Testo Unico, esso è di natura meramente compilativa e non innova quanto a principi fondamentali. Di tale avviso pare essere anche la Circolare Presidente della Giunta Regione Liguria datata 29/07/2003 prot. 108531/868 Effetti dell'entrata in vigore del T.U. dell'Edilizia (D.P.R. 380/2001 e s.m.) sulla legislazione ligure (in www.regione.liguria.it/component/docman/cat_view/116-normativa/155-normativa-in-materia-di-territorioambiente-e-infrastrutture/1120-normativa-in-materia-di-edilizia/665-testo-unico-edilizia-legge-regionale-n162008-disciplina-attivita-edilizia.html), nella quale si afferma: "Va innanzitutto segnalato che il T.U. in argomento -emanato in attuazione dell'art. 7 della L. n. 150/1999 come modificato dall'art. 1 della L. n. 340/2000 -ha scopi essenzialmente di riordino e razionalizzazione rispetto alla legislazione statale di riferimento, per cui allo stesso è da riconoscere un valore essenzialmente compilativo-ricongnitivo, e non anche un valore innovativo rispetto ai principi fondamentali desumibili dalla previgente legislazione statale, fatte salve alcune specifiche fattispecie che di seguito verranno puntualmente evidenziate. Si ritiene pertanto che l'entrata in vigore delle disposizioni del T.U. Edilizia non comporti l'abrogazione delle leggi regionali previgenti di seguito indicate, le quali, in quanto emanate in conformità ai principi fondamentali della materia desumibili dalla legislazione statale di riferimento -che non sono stati sostanzialmente modificati dal ridetto T.U. -sono destinate a continuare ad operare fino alla loro sostituzione da parte di successive leggi regionali". La circolare afferma poi che l'immediata applicazione dell'art. 3 DPR 380/2001 ha dei limiti: le definizioni non hanno immediata prevalenza sulla disciplina sostanziale relativa ai tipi di interventi (parametri, limiti, caratteristiche formali e dei materiali); "ad esempio, laddove dallo strumento urbanistico localmente vigente sia ammessa la possibilità di ampliamento, riconducendo tale intervento nella categoria della ristrutturazione edilizia, tale possibilità non verrà meno anche se oggi sotto il profilo del titolo edilizio l'intervento medesimo dovrà essere qualificato come di nuova costruzione". La legge regionale di coordinamento con il T.U. dell'Edilizia è stata adottata solamente nel 2008.

(22) A tal proposito, si veda il contributo di D. Palombella, *La "pro-roga" del D.P.R. n. 380/01 (T.U. dell'edilizia) - L'ammnistia dei reati edilizi*, in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=5508>.

(23) La dottrina ha posto in dubbio la compatibilità del predetto Testo Unico con il sistema delle fonti previsto nel nostro ordinamento: si veda a tal proposito A. Travi, *Nuove modifiche al Testo unico in materia edilizia*, in *Urb. Appalti*, 2003, 144.

(24) Si veda M. A. Sandulli (a cura di), *Testo Unico dell'Edilizia*, Milano, 2009.

(25) Espressamente la sentenza Cons. Stato, n. 6769/2000 afferma: "Come la giurisprudenza ha più volte affermato (da ultimo Cons. Stato, sez. V, 2 aprile 2000, n. 1906; 27 settembre 1999, n. 1183; 24 febbraio 1999, n. 197; 20 ottobre 1998, n. 1491; 28 marzo 1998, n. 369), la nozione di "ristrutturazione", di cui all'art. 31, comma I, della legge 5 agosto 1978, n. 457 comprende anche l'intervento di demolizione e ricostruzione di un immobile, non contemplato in modo esplicito dal legislatore". Ancora, la sentenza Cons. Stato, n. 5410/2002: "La Sezione ha ripetutamente chiarito che, ai sensi dell'art. 31, 1° comma, lett. d), l. 8 agosto 1978 n. 457, il concetto di ristrutturazione edilizia comprende anche la demolizione seguita dalla fedele ricostruzione del manufatto, purché tale ricostruzione assicuri la piena conformità di sagoma, di volume e di superficie tra il vecchio ed il nuovo manufatto, e venga, comunque, effettuata in un tempo ragionevolmente prossimo a quello della demolizione...".

La trasformazione dell'edificio preesistente, finalizzata al suo recupero funzionale, può essere compiuta anche attraverso la demolizione radicale e la ricostruzione (fedele) di parti rilevanti del manufatto, specie quando ciò risulti più conveniente sotto il profilo tecnico od economico. E la Sezione ha ulteriormente allargato questa possibilità, estendendola alle ipotesi di totale demolizione e ricostruzione dell'edificio". Nello stesso senso, Cons. Stato numeri 4593/2003, 5310/2003, 4568/2003, 476/2004. Si veda anche TAR Toscana, n. 482/2002 e TAR Abruzzo, n. 708/2002. Si vedano anche i seguenti contributi: C. Nicolini, *Demolizione e ricostruzione:*

quando è un intervento di ristrutturazione?, in *Riv. Giur. Edilizia*, 1998, II, 99; D. Foderini, *La ristrutturazione edilizia mediante l'integrale demolizione e ricostruzione delle opere*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2000, II, 65; S. Antoniazzi, *Ristrutturazione edilizia ed interventi di demolizione e ricostruzione dell'edificio preesistente: alcuni spunti di riflessione sulle caratteristiche essenziali*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2005, I, 127, in nota alle sentenze del Cons. Stato numeri 5791/2004 e 5867/2004.

(26) Secondo il Cons. Stato n. 5625/2008, "la nozione di nuova edificazione, alla luce della classificazione introdotta all'art. 3 del d.lgs. n. 380/2001, non si estende infatti alla ricostruzione di edificio ancorché demolito, che si qualifica come recupero del patrimonio edilizio preesistente nei limiti delle precedenti volumetrie ed impatto sul territorio". Per il caso della sopraelevazione, si veda TAR Campania, 8326/2009. Si vedano anche Cons. Stato, 4801/2010 e 3970/2012.

(27) Cass. Pen. numeri 20776/2006; 47046/2007.

(28) Tale norma è stata applicata nella sentenza del TAR Liguria, n. 1858/2011, in www.giustizia-amministrativa.it.

(29) Per ulteriori chiarimenti si veda la circolare della Regione Liguria 16/1/2002 Prot. n. 8135/40.

(30) Si segnala che il Tribunale di Savona, Sezione Penale, Giudice Dott. Meloni, con ordinanza 8 febbraio 2013, ha rimesso gli atti alla Corte Costituzionale, in accoglimento dell'istanza presentata dal P.M. Dott. Danilo Ceccarelli, con riferimento alla questione di legittimità costituzionale relativa agli artt. 2, comma 1, e 4 della Legge regionale 24/2001, per asserita violazione dell'art. 117, comma 2, lettera L) Cost. Quest'ultima censura, in particolare, si basa sul contrasto dell'art. 2, commi 3 e 8, con l'art. 3 del D.P.R. 380/2001, in quanto nelle norme regionali vi è un ampliamento della nozione di ristrutturazione edilizia (ric conducendo alla stessa anche la "modificazione delle altezze di colmo e di gronda, nonché delle linee di pendenza delle falde"). Si ritiene che tale previsione violi l'art. 117, comma 3 Cost., nella parte

in cui riserva allo Stato la potestà legislativa per la determinazione dei principi fondamentali in materia di governo del territorio (di cui all'art. 3 D.P.R. 638/2001).

(31) Si veda anche Cons. Stato, 802/2011.

(32) Si veda TAR Liguria, 1711/2006 per l'applicazione dell'art. 9 DM 1444/1968 ad un intervento di sopraelevazione. Secondo la Cass. Civ. n. 21059/2009 in tema di sopraelevazione, qualora l'intervento di ristrutturazione si traduca in una variazione rispetto alle originarie dimensioni dell'edificio e, in particolare, con aumenti della volumetria e delle superfici occupate in relazione alla originaria sagoma di ingombro, come nel caso di aumento dell'altezza dell'edificio preesistente, si verte in ipotesi di "nuova costruzione", come tale sottoposta alla disciplina in tema di distanze vigente al momento della medesima. Secondo la Cass. Civ. 1474/1999 (che richiama le sentenze n. 7837/86, n. 7384/86, n. 5828/96, n. 5246/97), una volta accertata, in fatto, la realizzazione di una sopraelevazione, con conseguente modificazione della volumetria del fabbricato ed aumento della sagoma di ingombro, si deve necessariamente configurare l'intervento come nuova costruzione soggetta alla disciplina delle distanze tra costruzioni su fondi finitimi.

(33) Cons. Stato, 7731/2010. Nello stesso senso si veda anche Cass. Civ., ord. 10753/2012.

(34) Secondo il Cons. Stato, n. 280/1999, la distanza minima di dieci metri tra edifici ex art. 9 d.m. 2 aprile 1968 si applica alla realizzazione di nuovi edifici anche in zona omogenea "A" e può essere derogata soltanto nelle operazioni di risanamento conservativo e nelle ristrutturazioni.

(35) Basti pensare, infatti, a quanti interventi abbiano caratterizzato la materia dell'edilizia nel corso del tempo: uno tra tutti, il c. d. "decreto sviluppo" (d. l. 70/2011 convertito in legge 106/2011), il cui art. 5 aveva la finalità di "liberalizzare le costruzioni private".

Recensioni

Le fonti del diritto. Linee evolutive

Trattato di diritto civile e commerciale
Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger

GIAMPAOLO PARODI

Giuffrè Editore, Milano, 2012, pp. XVII+450, € 55,00

Ha visto di recente la luce, per i tipi della Casa Editrice Giuffrè (2012), nel noto *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da Piero Schlesinger, il volume *“Le fonti del diritto. Linee evolutive”* di Giampaolo Parodi, professore ordinario di diritto pubblico comparato nell’Università di Pavia, ma studioso di estrazione e scuola rigorosamente genovesi, avendo lo stesso, nell’Ateneo ligure, non solo conseguito la laurea, ma anche avviato il suo percorso scientifico ed accademico. Già alla luce di queste prime notazioni, può cominciarsi a comprendere la predilezione per un tema, quello, appunto delle fonti del diritto, che, nell’Università genovese, ha annoverato, nel tempo, diversi ed autorevoli cultori. Tuttavia, qui, la linea filogenetica più diretta va senz’altro individuata con la Scuola di Giovanni Tarello (si rammenti che Riccardo Guastini, or non è guari, ha pubblicato nel medesimo *Trattato* il volume *“Le fonti del diritto. Fondamenti teorici”*, 2010). La ricerca, di cui il volume di Parodi reca cospicua testimonianza, si snoda lungo una trama scandita da dieci fondamentali capitoli, nel cui ambito ottengono ragionata ed approfondita considerazione gli atti e i fatti idonei nel nostro ordinamento ad originare il diritto positivo, tenendosi nel debito conto i vincoli e di condizionamenti che nella materia derivano per l’Italia dalla sua peculiare collocazione nel contesto internazionale ed europeo, ma, anche e preliminarmente, di quelli inerenti alla sua fisionomia di Stato costituzionale di diritto. Va, peraltro, rimarcato, con particolare riferimento a quest’ultimo aspetto, che la specifica attenzione riservata al ruolo giocato dalle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale (cap. X) nel sistema delle fonti sembrerebbe senz’altro instradare per l’inquadramento di siffatte decisioni tra le fonti stesse e, quindi, per la preferenza accordata ad una dimensione di tipo teorico del relativo concetto.

Quanto appena osservato potrebbe, tuttavia, più in generale evocare un’apparente lacuna dello studio, consistente nella sostanziale emarginazione dei profili teorico-generalisti in ordine alla ricognizione delle fonti ed al loro trattamento esegetico, se non ne fosse già nell’Introduzione apertamente dichiarata la natura complementare rispetto allo studio di Guastini sopra indicato. Piuttosto, sembra di poter avvertire come, sebbene la più ampliata e diffusa dimestichezza col tema (rispetto, ad esempio, agli albori della Repubblica) permetta di far repertoriare, con una certa frequenza e da varie prospettive, contributi intesi ad arricchire il particolare filone dottrinale, lo studio di Giampaolo Parodi ambisca a coltivare, non senza tratti di sicura originalità, una dimensione per solito non associata agli studi in materia. Come dichiara

lo stesso titolo del volume, si tratta, infatti, non solo della (tradizionale) ricognizione del nostro assetto normativo ordinamentale (laddove la stessa parola “assetto” potrebbe suggerire l’idea di un quadro stabilizzato), ma, soprattutto, della messa a punto degli esiti (peraltro sempre mutevoli) delle dinamiche di un tessuto normativo ampiamente reattivo alle dislocazioni istituzionali e sociopolitiche che contrassegnano la stessa forma di governo.

È il caso esemplare della legge ordinaria (cap. III), che appare ormai votata ad una fisiologica precarietà applicativa, non solo per il moltiplicarsi dei parametri della sua validità e delle condizioni della sua efficacia, ma anche per le incertezze della sua portata normativa indotte dall’ormai non infrequente ricorso alla cd. interpretazione autentica. È ancora il caso degli atti con forza di legge (cap. IV), singolarmente destinati a dare risonanza alle aporie e alle discrasie istituzionali di un ordinamento ormai refrattario ad essere inquadrato in una qualche categoria del costituzionalismo *d’antan*. E che dire dell’impressionante moltiplicarsi delle coordinate attraverso cui traguadare alla legge regionale (cap. VI) pur a fronte della sostanziale “inconcludenza” della fonte? Non è poi (anche) attraverso un imprevisto recupero dell’impatto ordinamentale del *referendum* abrogativo (cap. V) che è parso di recente prendere di nuovo corpo il primato della società civile su quella politica?

Ma, per misurare il tragitto percorso (e ancora lungi dal compiersi) dal sistema delle fonti, a partire dall’avvio dell’ordinamento repubblicano ad oggi, Giampaolo Parodi mostra come, anche al di là delle pur importanti dinamiche riformatrici interne (almeno a far data dalla fine degli anni ’90), risulti essenziale seguire le traiettorie dalle fonti internazionali e dell’Unione europea (cap. II), peraltro perspicuamente disegnatte. Un secondo fattore di apprezzamento (e di straordinaria utilità) del volume va individuato nel metodo espositivo rigorosamente orientato alla giurisprudenza della Corte costituzionale, da cui emerge, tra l’altro, nitidamente l’inusuale conoscenza della materia acquisita da Giampaolo Parodi come assistente alla Consulta, tanto da potersi riconfigurare il lavoro come una sorta di commentario giurisprudenziale delle fonti del diritto italiano.

Il taglio squisitamente giurisprudenziale (e perciò indirizzato alla casistica) del lavoro contribuisce, inoltre, ad allargarne la fruibilità anche rispetto ai pratici del Foro, alimentando il circuito virtuoso tra esperienza e “format” istituzionali, quali sono in effetti le fonti del diritto, e sulla cui falsariga si ordinano (devono ordinarsi) i comportamenti di operatori e semplici cittadini. Insomma, una preziosa guida ad una materia tanto fondamentale quanto irta di tecnicismi per chiunque ne avverta la necessità sul piano professionale e conoscitivo.

Una distesa bibliografia che, salvo alcuni ineludibili riferimenti classici, dà soprattutto conto dei contributi scientifici che hanno contrassegnato il passaggio tra il secolo passato e quello presente, nonché un agile repertorio di lemmi arricchiscono il lavoro, consentendo di meglio cogliere le trame teoriche e sistematiche che lo innervano.

Pasquale Costanzo
Professore Ordinario nell’Università di Genova

Le fonti del diritto. Linee evolutive

Trattato di diritto civile e commerciale
Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger

GIAMPAOLO PARODI

Giuffrè Editore, Milano, 2012, pp. XVII+450, € 55,00

1 - Chi intraprenda oggi il compito di descrivere il “sistema delle fonti del diritto” si pone nella condizione, quasi contraddiana, dell’esploratore che si accingeva a risalire i grandi fiumi africani alla ricerca delle loro origini (le “fonti” appunto) o, come nel caso anomalo del Niger, della loro mitica foce.

Il paragone sembra appropriato, non solo con riferimento all’andamento fluviale, o alluvionale, del diritto moderno, ma anche se si considera come questa ricerca-esplorazione si trasformi a sua volta nella paradossale scoperta del ricongiungersi della fonte alla foce, in una circolarità che sfugge spesso ai geografi e ai disegnatori di mappe giuridiche.

Non è un caso, dunque, che Giampaolo Parodi abbia apposto al suo bel volume “Le Fonti del diritto (Giuffrè, Milano, 2012) il sottotitolo “Linee evolutive”. L’autore ci avverte, in questo modo, che la sua è una ricerca che non presuppone un oggetto già formato e definito, suscettibile di venire soltanto descritto. La sua è - in qualche misura - la ricerca di un ignoto, non del tutto conosciuto, forse non del tutto conoscibile.

“Le fonti del diritto: linee evolutive” non vuole essere la descrizione di un “sistema” consolidato, dalle fattezze familiari, ma la ricerca di un fenomeno colto *in progress* e, si può sospettare, nella sua natura intrinsecamente evolutiva.

La scoperta delle fonti è - dunque - la scoperta dell’assenza di un vero e proprio “sistema” gerarchicamente ordinato (la *Stufenbau* kelseniana): il tentativo di risalire il corso del grande fiume chiamato Diritto, per arrivare alla constatazione paradossale del ricongiungimento della foce - estuario alla sua sorgente.

Coerente con questa impostazione, Parodi ha rivoluzionato il catalogo tradizionale, collocando le fonti internazionali tra la Costituzione (irrinunciabile punto di riferimento, vera e propria bussola del giurista nazionale) e il composito panorama delle leggi ordinarie statali, degli atti di governo con forza di legge, dei referendum, delle leggi regionali, dei regolamenti amministrativi statali e degli enti locali, delle “fonti - fatto” e - *last not least* - della giurisprudenza costituzionale.

Quella che, al di là delle pagine dedicate alle “sentenze gemelle” del 2007, potrebbe sembrare una lacuna in un panorama tanto variegato, è stata prontamente colmata dallo autore, in un suo recente intervento al Seminario genovese su “Le sentenze della Corte Europea dei diritti dell’uomo come fonte di diritto” (1).

Lo stesso porsi del momento giurisprudenziale (di quello costituzionale come di quello della Corte di Strasburgo, accanto alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea) testimonia del mutamento in corso nel quadro mobile delle fonti del diritto europeo, al centro del quale si pongono ormai quelli che si è soliti definire “diritti umani o “diritti civili fondamentali”.

In questa situazione del diritto moderno, di cui è ancora giovane e non del tutto sicura di sé la scoperta, un ruolo particolare è svolto dalle costituzioni nazionali e soprattutto dalla nostra Costituzione, non a torto definita in un recente “lettura” televisiva “la più bella del mondo”. Come Parodi ha ben compreso, la Costituzione non si limita a cercare la sua col-

locazione in un nuovo ordinamento gerarchico delle fonti normative: essa vuole costituire, piuttosto, l’orizzonte e insieme la bussola indispensabile nella ricerca della fonte ultima di ogni pretesa che si ponga come giuridica e - quindi - tutelata dal diritto.

Oltre a essere “fonte” primaria del diritto vigente, La Costituzione è dunque il principale strumento interpretativo (attraverso le pronunzie della Corte Costituzionale) anche rispetto alle fonti internazionali e comunitarie e alla loro conformità ai principi fondamentali che governano il nostro ordinamento. A questa duplice funzione sembra riferirsi Parodi nel sottolineare - nell’intervento genovese - come il nostro giudice costituzionale riservi a se stesso “crescenti margini di apprezzamento in presenza di divaricazioni, talora difficilmente riducibili, nelle premesse di fondo caratterizzanti i due sistemi, costituzionale e convenzionale, e le relative prassi giurisprudenziali”. La Costituzione, in particolare, è il metro in base al quale dare la prevalenza al sistema convenzionale CEDU quando esso assicuri un “plus” di tutela, e al nostro sistema costituzionale tutte le volte che l’altro non assicuri una tutela “almeno equivalente” a quella offerta dalla nostra Costituzione.

2 - Su queste premesse, la trattazione di Giampaolo Parodi si caratterizza per alcuni aspetti innovativi e originali nel panorama dei trattati e dei commenti sul tema delle fonti.

Parodi dà atto prima di tutto, e tiene conto, delle principali tendenze che caratterizzano l’attuale evoluzione di questa parte “fondativa” del moderno diritto europeo continentale: la tendenziale convergenza con esperienze proprie del *common law*; la costante (e sotto certi aspetti patologica) espansione dei poteri normativi dell’esecutivo; la funzione *lato sensu* politica delle decisioni delle giurisdizioni superiori e la loro tendenza a porsi come precedenti vincolanti; la sempre più stretta integrazione tra livello statale e livello sovranazionale e - allo stesso tempo - la richiesta di una più netta delimitazione tra i poteri dei governi centrali e quelli delle nuove autonomie territoriali.

Ne risulta un quadro caratterizzato, nelle parole dell’autore, “da un crescente “disordine” delle fonti” e - di conseguenza - da una accentuazione di quella crisi che, definita da Natalino Irti negli anni ’80 come la crisi “della decodificazione”, si è sempre più chiaramente manifestata come “crisi della legge”, non a caso insidiata da quella che con espressione mutuata dal diritto anglosassone si definisce *soft law*, contrapposta alla rigidità (se non sempre al rigore) della legge dei sistemi di *civil law*.

È particolarmente evidente - nella lucida e aggiornatissima esposizione di Giampaolo Parodi - il per molti versi benefico e inevitabile stato di “disordine” che caratterizza le fonti del diritto dell’Unione Europea, con riferimento sia ai rapporti delle fonti comunitarie tra di loro che - soprattutto - a quelli tra ordinamento comunitario e ordinamenti degli Stati membri. Per quanto riguarda quest’ultimo aspetto e in modo particolare il caso italiano, è ben ricostruito e puntualmente registrato il processo che ha portato la nostra giurisprudenza costituzionale a distaccarsi gradualmente dalle originarie impostazioni dualistiche e a far propria l’idea di un sistema coordinato e integrato in cui non esistono più un vero dualismo, né un rapporto di natura gerarchica e di subordinazione degli ordinamenti nazionali a quello comunitario.

Con l’entrata in vigore del nuovo art.117 della Costituzione, la nozione di “prevalenza” o “*primauté*” dell’ordinamento comunitario continua a controllare l’implicarsi reciproco dei due ordinamenti. In base a tale nozione, è solo l’esplicito contrasto con i principi fondamentali dell’assetto

costituzionale italiano o con i diritti "inalienabili" della persona umana a segnare il confine ultimo e forse residuale tra i due ordinamenti. La tendenza puntualmente registrata da Parodi è poi quella di un ricorso sempre più frequente e consapevole alla diretta applicazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali. In questo senso l'autore stesso riconosce, con G. Tesauro, che diventa problematica e ormai di non agevole applicazione in concreto la distinzione tra efficacia diretta del diritto comunitario *self executing*, e "primauté" o prevalenza di quest'ultimo, che di per sé determinerebbe solo la mera disapplicazione della disciplina interna comunitaria.

Decisivo - nel non sempre facile bilanciamento che deve stabilirsi tra diritto comunitario e diritto nazionale - è il ruolo "costituzionale" assunto dai giudici ordinari nella veste abbastanza inedita di giudici "europei", chiamati ed esortati a utilizzare con sempre maggior frequenza lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del Lussemburgo. In questo senso Parodi richiama opportunamente la sentenza della Corte di Giustizia (2) che ha scrutinato la incompatibilità con il Trattato di una disciplina quale quella introdotta in Francia per il procedimento incidentale davanti al *Grand Conseil*, nella parte in cui subordina il rinvio pregiudiziale del giudice ordinario alla questione "prioritaria" di costituzionalità.

3 - La "crisi" della legge è la vera protagonista della trattazione che Parodi dedica alla legge ordinaria statale come fonte di diritto. È davvero esemplare per lucidità e nettezza l'analisi dei fenomeni che "danno luogo" a questa crisi, materializzandola: l'inflazione legislativa; lo scadimento di qualità della legislazione; l'indebolimento del ruolo della legge ordinaria rispetto ad altri atti normativi "primari"; il contenuto di provvedimento che la legge tende ad assumere (a scapito dei requisiti della generalità e dell'astrattezza); l'aumento delle fonti "riservate" e sottratte alla competenza del legislatore parlamentare.

Il sensibile arretramento della "riserva di legge" è un segno indubbio, non poco preoccupante, del declino della fonte legislativa parlamentare e - di conseguenza - dell'appannarsi della funzione democratico-rappresentativa di quella fonte. L'intera architettura tripartita dei poteri dello Stato ne viene compromessa. Sembra infatti riduttivo il conservare alla riserva di legge una - importante, certo ma non più essenziale - funzione di garanzia delle libertà fondamentali, affidata principalmente all'interpretazione giurisprudenziale.

Indice non meno preoccupante della crisi è il ricorso sempre più frequente alle cosiddette "leggi-provvedimento", atti formalmente legislativi ma sostanzialmente amministrativi, il cui scopo - più o meno esplicito - può essere quello di derogare in casi concreti alla normativa generale o di contrastare gli effetti di un provvedimento amministrativo o addirittura giurisdizionale.

In realtà, più che *contrarsi*, la funzione legislativa dà segni di una tendenza a *spostarsi* dalla sede parlamentare a quella governativa, a riprova di quanto si è detto riguardo alla pericolante architettura tripartita dei poteri, propria di uno Stato liberal-democratico. I tre poteri (l'esecutivo, il legislativo e quello definito *the least dangerous*, (3) il giudiziario) sembrano intenti, più che a coordinarsi e armonizzarsi, a contendersi gli spazi vuoti di potere che si creano intorno ai loro sempre più labili confini.

In questi termini si spiega il peso grandemente accresciuto assunto dal ricorso alla legislazione delegata, ben al di là delle esigenze dettate dal farsi sempre più complessa della fun-

zione legislativa. Il superamento di questi limiti ha determinato quella che è stata definita l'*esplosione* della delegazione legislativa, conseguenza del prevalere dell'esecutivo nei confronti del Parlamento e dello strumento legislativo.

Il fenomeno non è solo quantitativo, ma si segnala per la progressiva attenuazione del carattere originario del decreto legislativo, attestata dalla tendenza a definirne in modo solo generico funzione e limiti, nonché a prevederne la correzione e l'integrazione, nella prospettiva più che evidente di una "plastica durezza" dello strumento, suscettibile di porlo in contrasto con la visione che di esso ebbero i costituenti. Alla stessa logica risponde la vera e propria patologia - come tale riconosciuta e definita dall'autore - del ricorso alla decretazione d'urgenza cui inutilmente, sino a oggi, la Corte Costituzionale ha cercato di porre argine. La decretazione d'urgenza è così divenuta - a fronte della debolezza e instabilità delle maggioranze parlamentari - un anomalo "strumento di co-legislazione", se non di para-legislazione, espressione instabile e poco controllabile delle dinamiche che hanno luogo tra governo, maggioranza e opposizione. Anche in questo caso, la natura marcatamente alternativa dello strumento è rivelata dal suo non rispondere sempre alle esigenze di necessità e urgenza richieste dall'art. 77 Cost., nonché dalla frequente e allarmante eterogeneità dei contenuti. Sul punto, la dottrina non si è limitata a registrare l'anomala deriva costituzionale assunta dalla decreto - legge nel divenire strumento ordinario di governo, ma ha cercato di configurarla come una deviazione inedita rispetto al modello originario. Si tratterebbe di una creazione della prassi, risposta all'emergere sempre più frequente in campo economico-finanziario di esigenze - soprattutto derivanti da obblighi internazionali - cui l'ordinario iter parlamentare, con i suoi tempi lunghi, le procedure farraginose, la fragilità delle coalizioni, non può più far fronte.

In questa prospettiva, è più che evidente la difficoltà in cui versano forme, tempi e anche contenuti tipici dello strumento "legge", a fronte di strumenti più sensibili nel registrare istanze e recepire obblighi internazionali e nell'attuare riforme anche strutturali e organiche di interi settori dell'ordinamento nazionale. Lo stesso articolo 117 III comma della Costituzione, nel testo riformato del 2001, confermerebbe l'orientarsi della legge verso un nuovo "polimorfismo", quanto a suoi contenuti, alle sue "fonti", alla sua stessa modificabilità in sede di conversione.

4 - Anche lo strumento del referendum - sia pure nella forma esclusivamente abrogativa che gli è attribuita dalla nostra Costituzione - porta un importante, seppure nella pratica misconosciuto, contributo alla "crisi" della legge. In realtà il referendum come strumento di manifestazione della volontà popolare non ha goduto di particolari simpatie da parte dei costituenti. Gli stessi contributi dati dalla giurisprudenza costituzionale sembrano orientati in senso limitativo dell'ammissibilità dei referendum abrogativi. Se ne viene riconosciuta ormai la natura di "fonte", ci si affretta comunque a precisare che si tratta di una fonte *sui generis*: forma abbastanza curiosa di "legiferazione popolare negativa" (Sent. C. Cost. 29 del 1987) alla quale non sempre il Parlamento si mostra ossequiente.

Le più recenti - spesso molto vivaci - richieste di partecipazione popolare diretta alla formazione delle leggi richiederebbero in realtà che si affrontasse in modo nuovo il tema della riforma dei diritti referendari, anche in termini esplicitamente propositivi, ispirati a modelli diversi, stranieri ma non solo.

La legge costituzionale 2/2001, nel modificare gli statuti speciali, ha stabilito che specifiche leggi regionali debbano definire referendum propositivi, consultivi e abrogativi a livello regionale. Le regioni a statuto speciale e le province autonome (segnatamente la Valle D'Aosta e il trentino-Alto Adige/Suedtirolo) - seppure timidamente - hanno adottato un principio di legislazione in materia. La Provincia Autonoma di Bolzano, in particolare, ha introdotto - con legge provinciale 18 novembre 2005 n. 11 - una forma limitata di referendum propositivo che attribuisce alla popolazione il diritto non solo di abrogare leggi provinciali, ma anche di richiedere votazioni referendarie per modificare o fare approvare proposte di legge avanzate direttamente dai cittadini. Nel novembre di quest'anno (2012) la Valle D'Aosta ha visto approvare a stragrande maggioranza il primo referendum propositivo che ha bocciato un impianto per lo smaltimento a caldo dei rifiuti.

Nel complesso, una prospettiva costituzionale di riforma dell'istituto referendario come fonte di diritto dovrebbe tener conto dei seguenti elementi:

- a - la gamma degli strumenti referendari è incompleta;
- b - le regole di applicazione sono troppo restrittive;
- c - il "quorum" di partecipazione richiesto è inutile e dannoso, prestandosi a operazioni di boicottaggio.

La vicenda del referendum, su cui il dibattito dottrinale è ancora in corso, mostra come la fonte legislativa regionale abbia ricevuto impulso dalla novella costituzionale del 1999 che ha ampliato notevolmente l'autonomia statutaria delle regioni - di quelle a statuto ordinario in particolare - rispetto alla disciplina del testo originario dell'art.123 Cost., dal quale è stato cancellato, significativamente, il vincolo dell'armonia con le leggi della Repubblica, mentre è stato ribadito - e implicitamente rafforzato - l'obbligo di mantenere l'armonia con la Costituzione, di cui gli Statuti regionali devono rispettare non solo il testo ma anche lo "spirito" (C.Cost. sent. 304/2002).

5 - A custode e interprete della lettera e dello "spirito" della nostra Carta fondamentale, non solo fonte principale del diritto nazionale ma anche bussola indispensabile all'interprete nell'orientarsi nel nuovo "disordine" delle fonti, si colloca la Corte Costituzionale.

Consapevole di questo ruolo forse paradossale della Corte, insieme fonte e interprete della legge, Giampaolo Parodi dedica l'ultimo capitolo del suo volume alle decisioni costituzionali che, se di accoglimento, dovrebbero essere annoverate anch'esse tra le fonti del diritto.

Parodi descrive le tecniche elaborate dalla Corte Costituzionale per assolvere a questo duplice compito, soffermandosi sulle sentenze cosiddette "manipolative", in particolare sulle decisioni additive e sostitutive, che taluni considerano dotate di natura "normativa" se non addirittura "creativa".

Anche il profilo interpretativo di rigetto (pur non costituendo di per sé una "fonte" del diritto vigente, che conferma) viene colto dall'autore - acutamente - nelle sue modalità di impulso, ancorché indiretto e rivolto ai giudici comuni, per l'adeguamento interpretativo della legislazione ordinaria ai principi costituzionali.

È abbastanza curioso constatare a questo proposito come spesso l'obiettivo e la funzione stessa delle sentenze di rigetto vengano a coincidere con quelli delle sentenze di accoglimento, a riprova di un lavoro incessante della Corte intorno a un documento non "rigido" (come convenzionalmente si continua ad affermare) ma straordinariamente capace di adattarsi ai mutamenti politico-sociali-economici e culturali

che di continuo la investono. Sia quando "toglie" che quando "aggiunge" o "lascia", la Corte appare sempre intenta a un lavoro di incessante *reshaping* della Costituzione che - per usare una volta tanto in senso positivo la famosa frase del principe di Salina - deve cambiare continuamente per rimanere se stessa.

Una funzione analoga è svolta dalla Corte attraverso il rinvio al "diritto vivente", frutto dell'orientamento interpretativo consolidato nella giurisprudenza comune, specie in quella della Corte di Cassazione. In questo caso - rileva Parodi - la giurisprudenza costituzionale adotta quasi sempre un atteggiamento "ricettivo" astenendosi da iniziative adeguatrici proprie ma rinviando al "diritto vivente" per rigettare questioni sollevate sulla base di interpretazioni che si distaccano da un orientamento consolidato. E' assai raro - osserva l'autore - il caso contrario: che in presenza di una "norma vivente" manifestamente incostituzionale, anziché dichiararla tale, la Corte inviti il giudice "a quo" a disattenderla o a interpretarne la disposizione in modo conforme alla Costituzione.

Più che rinunciare a svolgere l'opera di adeguamento del sistema legislativo ai principi costituzionali, sembra in questo caso che la Corte (analogamente alla Corte di giustizia della Comunità) cerchi di coinvolgere in quell'opera i giudici "ordinari", accentuando gli elementi di "judicial review" diffusa che sia pure flebilmente si stanno sviluppando anche all'interno del nostro sistema (cfr. Cass.Pen. Sez.Un. 17 maggio 2004 n.23016, a proposito delle decisioni interpretative di rigetto della Corte Costituzionale). A fronte della crescente incertezza e ambiguità dei testi legislativi, la Corte sceglie di ricorrere, piuttosto che alla pronuncia di accoglimento, a una sentenza di rigetto "condizionata" a una interpretazione costituzionale del testo. Non basta, a giustificare l'accoglimento, che di una data legge sia possibile dare una lettura incostituzionale, ma occorre che sia impossibile darne letture costituzionali (cfr. C.Cost.sent. 356/1996).

Spetta dunque al giudice ordinario, nell'accingersi a sollevare una questione di legittimità costituzionale, quasi nella veste di "terminale periferico" della Corte, verificare preliminarmente la possibilità di una interpretazione della norma "so spetta" che sia conforme al dettato costituzionale.

6 - Scrivevamo all'inizio di questa recensione che la risalita verso le fonti si risolve spesso nella constatazione che la foce di un fiume si confonde con la sua origine.

Il venire meno - o il versare in uno stato di grave stato di disordine - della struttura "gerarchica" delle fonti del diritto, sembra condurre a una constatazione non dissimile. Sempre più i destinatari delle legge si pongono, o pretendono di porsi, se non come legislatori, come stretti collaboratori e controllori del mitico "legislatore".

L'idea stessa di "fonte" sembra messa in crisi, nei suoi caratteri di semi-magica perennità e insieme di continua, liquida mutevolezza.

Osservava alcuni anni fa un giurista (4) che

"Prima della cd civiltà industriale, quando si parlava delle leggi e della loro produzione, si usava il termine agricolo di "fontana" o di "fonte".

Le leggi, cioè, erano paragonate all'acqua che scaturiva da una fonte, e questo curioso termine si è tramandato sino ai giorni nostri. Ad esempio, l'art.1 delle Disposizioni sulla legge in generale, premesse a Codice Civile (...) ha come titolo "Fonti del diritto".

Nel dichiarare superato questo termine "agricolo-pastorale", l'autore sosteneva che le leggi si presentavano ormai come un

prodotto industriale e, come un qualsiasi prodotto, venivano “fabbricate”, articolandosi in leggi speciali e leggi “di principio”. Oggi, per chi vive nell’età che si definisce “post-industriale”, anche questa pur suggestiva definizione di legge appare superata. Non prodotto “industriale” ma processo, in qualche misura circolare e scambievole, dialogo che si svolge tra diritto “vivente” e diritto “istituito”, tra legislatore/i e destinatari, tra “fonti” di legittimità e quanti - per tornare all’antico termine agricolo-pastorale - continuamente vi attingono . In questo senso, dicevamo, il libro di Giampaolo Parodi ha il sapore originale di una esplorazione “conradiana” che cerca, con successo, di tracciare le “linee evolutive” di un processo in piena evoluzione e del suo apparente, ma provvidenziale, “disordine”.

Michele Marchesiello
Già Presidente di Sezione del Tribunale di Genova

Note:

(1) G. Parodi, *Le sentenze della Corte EDU come fonte di diritto. La giurisprudenza costituzionale successiva alle sentenze n.348 e n.349 del 2007.*, in *Atti del seminario “Le sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo come fonte di diritto. La configurazione giurisprudenziale dei diritti civili fondamentali”*, 2012, Genova. De Ferrari ed., Genova, 2012, pp. 17-22.

(2) Corte di Giustizia, Grande Sezione, 22 giugno 2010, cause C-188/10 e C-189/10

(3) Cfr. Alexander Hamilton, *The Federalist n. 78, The Judiciary Department*. 14 giugno 1778. Hamilton ha descritto in termini validi ancora oggi l’essenza del governo tripartito della cosa pubblica in un regime liberal- democratico:

“Chiunque consideri attentamente la divisione dei poteri, deve constatare che - in un Governo nel quale la loro separazione sia effettiva - il potere giudiziario sarà sempre, per la natura delle sue funzioni, quello meno pericoloso per i diritti garantiti dalla Costituzione; perché esso sarà quello meno in grado di creare loro fastidi o di ferirli. L’esecutivo non si limita a distribuire onori, ma tiene in mano la spada della comunità. Il parlamento non si limita a tenere i cordoni della borsa, ma stabilisce le regole destinate a governare l’esercizio dei diritti e l’adempimento dei doveri da parte dei cittadini. Il potere giudiziario, al contrario, non esercita alcuna influenza né sulla spada né sulla borsa; non è in grado di indirizzare la forza o la ricchezza della nazione e non può prendere nessuna iniziativa diretta al riguardo. Si può dire, in verità, che esso non dispone né della *forza* né della *volontà*, ma solo del giudizio; e che dipende sempre, in ultima istanza, dall’intervento del braccio esecutivo per fare sì che i suoi giudizi siano resi effettivi.”

(4) V. Italia, *La fabbrica delle leggi, leggi speciali e leggi di principio*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 3

restaurant
YUAN

Via Ettore Vernazza, 8
16100 Genova
tel. 010 5702327
www.ristoranteyuan.com



Sezione di diritto tributario

Massime

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. I, 9 agosto 2012, n. 99 - Pres. Soave - Rel. Venturini.

ACCERTAMENTI bancari – prelevamenti e versamenti – ricavi – presunzione relativa – contribuente – onere della prova contraria – incombenza – costi – riduzione forfettaria – inammissibilità – fatti specifici – allegazione – necessità.

In tema di accertamenti bancari, l'art. 32 d.p.r. n. 600/1973 impone, con una presunzione relativa, di considerare ricavi sia i prelevamenti che i versamenti su conto corrente, salvo che il contribuente non provi che i versamenti sono registrati in contabilità e che i prelevamenti siano serviti a pagare determinati beneficiari, anziché a costituire acquisizione di utili. Pertanto, a fronte della presunzione prevista da tale disposizione, il contribuente è tenuto ad opporre delle prove non limitandosi a delle mere affermazioni di carattere generale; analogamente, la deduzione dei costi è subordinata all'esistenza di elementi certi e precisi, non potendo procedersi ad una loro riduzione forfettaria perché, così facendo, si opporrebbe alla determinazione forfettaria dell'imponibile un'altra presunzione e non un fatto specifico provato dal ricorrente.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, Sez. I, 27 settembre 2012, n. 93 - Pres. Quattraro - Rel. DelVigo.

ACCERTAMENTO – studi di settore – motivazione – osservazioni del contribuente – mancata indicazione delle ragioni per cui sono disattese – accertamento – illegittimità.

ACCERTAMENTO – studi di settore – mero scostamento tra il dichiarato e lo studio di settore – insufficienza – intervallo di confidenza – congruità – scostamento – gravi incongruenze – dimostrazione – onere dell'Ufficio – incombenza.

È illegittimo l'accertamento fondato sugli studi di settore se l'Ufficio non indica, nella motivazione dell'atto, i motivi per cui sono disattese le eccezioni e le prove documentali offerte dal contribuente nella fase precontenziosa.

L'art. 62-sexies d.l. n. 331/93 prevede che l'accertamento possa essere fondato sulla rilevata esistenza di gravi incongruenze tra i ricavi ed i compensi dichiarati e quelli fondatamente desumibili dagli studi di settore. Pertanto, ai fini della validità di tale tipologia di accertamento, è necessario che il rilevato scostamento tra il dichiarato e lo studio di settore testimoni una grave incongruenza, non essendo sufficiente a legittimarlo uno scostamento pari al 5,8%, considerato anche che il contribuente che si trovi nell'“intervallo di confidenza” deve essere sempre ritenuto “congruo” rispetto allo studio di settore. È quindi onere dell'Ufficio motivare la pretesa impositiva con dati ed elementi oggettivi che confortino ulteriormente lo scostamento rilevato (nella specie, la società contribuente, accertata sia in qualità di “consolidante” che di “consolidata”, ha in particolare evidenziato che lo scostamento traeva origine dalla gestione di numerosi immobili a Genova, molti dei quali erano affittati a prezzi di mercato variabili in funzione delle diverse zone in cui la Società operava, molti altri dei quali rimanevano sfitti, e che gli investimenti effettuati erano destinati a remunerare il capitale investito sul lungo periodo).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. I, 29 febbraio 2012, n. 29 - Pres. Cingano - Rel. Silvano.

ACCERTAMENTO – notificazione – inesistenza della notifica – qualificazione.

ACCERTAMENTO – società a ristretta base – rideterminazione del reddito del socio in conseguenza di rettifica del reddito della società – società estinta – invalidità della rettifica operata nei confronti della società – accertamento del socio – invalido.

L'inesistenza della notifica è un vizio configurabile solo nei rari casi in cui possa pregiudicare l'esercizio del diritto, quali, ad esempio, la notificazione eseguita in un luogo che non ha riferimento con il vero destinatario; al riguardo, se è logico che una notificazione che esorbiti del tutto dai suoi paradigmi legislativi debba ritenersi inesistente, in quanto lesiva del diritto di difesa del destinatario dell'atto, è altrettanto logico che debba essere ritenuta “solamente” nulla la notificazione che, seppure effettuata senza l'osservanza delle norme che la disciplinano, sia in grado di portare l'atto a conoscenza del suo destinatario mettendolo quindi in condizioni di difendersi (la Commissione ha ritenuto valida la notifica effettuata dall'ispettore della polizia municipale in qualità di messo notificatore nella ragionevole presunzione, tenuto conto della fede privilegiata riconosciuta dalla legge, che lo stesso stato abilitato all'esercizio dell'attività notificatoria).

È nullo l'accertamento emesso nei confronti del socio di una società a ristretta base se la rideterminazione del suo reddito è conseguente alla rideterminazione del reddito operata dall'Ufficio nei confronti di una società che è oramai estinta: ed infatti, per effetto dell'art. 2945 c.c., dopo la cancellazione della società i creditori sociali, tra cui rientra l'Amministrazione finanziaria, possono rivalersi esclusivamente nei confronti dei soci della società e nei limiti delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, oppure nei confronti del liquidatore se ad esso è imputabile il mancato pagamento.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, sez. III, 14 maggio 2012, n. 63 - Pres. e Rel. Bocchicchio.

ACCERTAMENTO – studi di settore – onere della prova – ripartizione – Ufficio – onere di motivare in relazione alle giustificazioni del contribuente – incombenza.

In tema di accertamento fondato sugli studi di settore, incombe all'ente impositore la dimostrazione dell'applicabilità dello standard prescelto al caso concreto oggetto dell'accertamento, spettando al contribuente, invece, dimostrare, anche attraverso presunzioni semplici e senza alcuna limitazione di mezzi e di contenuto, la sussistenza delle condizioni che giustificano l'esclusione dell'impresa dall'area dei soggetti cui possono essere applicati gli standard o della specifica realtà dell'attività economica nel periodo di tempo cui l'accertamento si riferisce. Ne deriva quindi che, a seguito di specifiche contestazioni sollevate dal contribuente, la motivazione dell'accertamento non può esaurirsi nel semplice rilievo dello scostamento tra quanto dichiarato ed i parametri fissati dalla legge, dovendo essere necessariamente integrata con la dimostrazione dell'applicabilità in concreto dello standard prescelto e con le ragioni per cui si sono disattese le eccezioni sollevate dal ricorrente.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, sez. III, 31 maggio 2012, n. 70 - Pres. Bocchicchio - Rel. Tropini - H.P. S.r.l. (Dott. Sciolli) c. Agenzia delle Entrate di Imperia.

ACCERTAMENTO - operazione ritenuta "elusiva" - sale and lease back - onere della prova - ripartizione.

ACCERTAMENTO - operazione ritenuta elusiva - risparmio di imposta - realizzato nell'anno successivo a quello accertato - accertamento - nullità - sussiste.

Incombe all'Amministrazione finanziaria che intenda contestare il carattere elusivo di un'operazione (nella specie, di "sale and lease back" volta ad evitare, mediante la frapposizione di una società di leasing, la tassazione della plusvalenza che si sarebbe realizzata mediante la cessione diretta di un immobile ad un soggetto terzo) provare l'esistenza di un disegno elusivo attuato anche mediante schemi negoziali classici ma considerati irragionevoli in una normale logica di mercato e perseguiti al solo fine di ottenere un determinato risparmio fiscale, incombando invece al contribuente l'onere di allegare l'esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti che giustificano le operazioni in quel modo poste in essere.

È nullo l'accertamento con cui si proceda alla riqualificazione di un'operazione ritenuta elusiva allorché il vantaggio fiscale oggetto di disconoscimento si sia realizzato in un anno di imposta diverso rispetto a quello oggetto di accertamento (nella specie, l'operazione ritenuta elusiva si è sviluppata tra il 2005 ed il 2006, il vantaggio fiscale si è realizzato nel 2006 ma l'accertamento aveva ad oggetto il solo 2005).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIV, 1 marzo 2013, n. 29 - Pres. Balba - Rel. Scanu - N.L. (Avv. Lovisolò) c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale di Genova.

ACCERTAMENTO - metodologia sintetica - reddittometro - cavalli - tipologia "da equitazione" e "da corsa" - fattispecie - utilizzo per passeggiate - spese di acquisto e di mantenimento di modesta entità - indice di capacità contributiva - esclusione.

In tema di accertamento sintetico, il reddittometro fa riferimento a "cavalli da equitazione" e "cavalli da corsa", intendendo con tale dizione cavalli aventi come destinazione l'attività sportiva, che, come tale, presuppone l'impiego di animali di razza pura, di notevole valore, costosi nel mantenimento, nel trasporto e nell'addestramento. A tali tipologie di animali non devono però essere ricondotti quei cavalli che, per le loro caratteristiche fisiche, non possono essere considerati di pregio in quanto utilizzati esclusivamente per passeggiate e che abbiano comportato il sostenimento di spese, sia per il loro acquisto che per il loro mantenimento, di modesto ammontare.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. I, 23 gennaio 2013, n. 16 - Pres. Quatraro - Rel. Brunello - I.P.L.O.M. spa (Avv. Armella) c. Agenzia delle dogane di Genova.

ACCISE - art. 4 d.lgs. 504 del 1995 - esigibilità dell'imposta - dispersione del prodotto.

Ai sensi dell'art. 4 d.lgs. 26 ottobre 1995, n. 504 (Testo unico sulle accise, c.d. TUA), non è esigibile dall'Erario l'accisa in caso di perdita irrimediabile o distruzione totale del prodotto, qualora il debitore d'imposta dimostri che la perdita è avvenuta per caso fortuito o forza maggiore.

La fuoriuscita del combustibile dall'oleodotto a causa della rottura di un tubo, provocata dalla attività di trivellazione del suolo da parte di un soggetto diverso dal ricorrente, integrando gli estremi dell'art. 4 TUA, non costituisce presupposto impositivo. La dispersione del prodotto, infatti, non è imputabile al contribuente e, pertanto, non sorge, in capo a costui, alcuna obbligazione tributaria, giacché, diversamente, vi sarebbe responsabilità oggettiva.

S.A.

Commissione tributaria Provinciale di Genova, sez. I, 25 gennaio 2013, n. 23 - Pres. Quatraro - Rel. Scanu - Promoplast srl (Avv. Armella) c. Agenzia delle dogane di Genova.

DIRITTI doganali - classificazione - atto di contestazione sanzioni - illegittimità.

È illegittimo l'atto di contestazione delle sanzioni secondo cui alcuni oggetti importati, raffiguranti personaggi di Walt Disney, sarebbero classificabili come umanoidi e non come animali. E invero, si definiscono "umanoidi" soltanto quei giocattoli e quei modelli che riproducono l'aspetto degli esseri umani. I giocattoli importati, invece, devono essere classificati sotto la voce doganale "animaletti di plastica/soggetti non umani", giacché dal volto e dalle fattezze del corpo prevale l'elemento animalesco piuttosto che quello umano.

L.U.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIV, 26 aprile 2012, n. 95 - Pres. Delucchi - Rel. Scanu.

DIRITTI camerali - termine per l'accertamento - natura - prescrizione.

La Camera di Commercio, nell'esercizio del proprio potere di accertamento e di recupero dei diritti camerali non è soggetta ad alcun termine di decadenza bensì al solo termine prescrizione ordinario di cui all'art. 2946 c.c..

Commissione tributaria Provinciale di Genova, sez. X, 24 gennaio 2013, n. 39 - Pres. Loffredo - Rel. Simonazzi - Voltri Terminal Europa spa c. Comune di Genova (Avv. Armella).

ICI - legge 388 del 2000 - concessionari di beni demaniali - legittimità dell'accertamento.

È legittimo l'avviso di accertamento Ici emesso dal Comune e notificato ai concessionari di beni demaniali, giacché la legge 23 dicembre 2000, n. 388, li ha inseriti tra i soggetti passivi di tale imposta. Il contribuente, intestatario di fabbricati nei quali si svolgono attività commerciali e appartenenti alla categoria D/8, pertanto, è tenuto al pagamento dell'Ici. La comunicazione delle rendite catastali, inoltre, non è necessaria tutte le volte che il concessionario ha proposto, con procedura Dogfa, il valore e la categoria definiti per l'area.

L.U.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. I, 13 luglio 2012, n. 81 - Pres. Soave - Rel. Cattaneo.

IMPOSTA di registro - agevolazione "prima casa" - separazione dei coniugi - cessione della quota dalla mo-

glie al marito – conseguenza dell'accordo di separazione – agevolazione – spettanza.

Una lettura costituzionalmente orientata della funzione dell'art. 19, L. n. 74/1987 (in base al quale tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di scioglimento del matrimonio e di cessazione dei suoi effetti civili sono esenti dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa), consente di estendere la tutela giurisdizionale riconosciuta ai procedimenti di divorzio e di separazione anche a tutte le conseguenze patrimonialmente pregiudizievoli derivanti dai trasferimenti dei beni in esecuzione degli accordi raggiunti nei procedimenti di divorzio o di separazione. Conseguentemente, in base a tale disposizione, spetta comunque l'agevolazione "prima casa" alla coniuge che, per effetto della separazione consensuale dal marito, abbia a lui ceduto la propria quota prima del decorso del quinquennio dalla data di acquisto e senza aver riacquisitato entro l'anno un altro immobile da adibire ad abitazione principale.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. I, 13 luglio 2012, n. 83 - Pres. Soave - Rel. Venturini.

IMPOSTA sulla pubblicità – base di determinazione del tributo – superficie sul quale è contenuto il messaggio – esenzione – cabina fotografica – insegna – superficie inferiore a 5 metri quadrati – dimostrazione – necessità – contribuente – incombenza.

L'imposta sulla pubblicità si determina in base alla superficie della "minima figura piana geometrica" in cui è circoscritto il mezzo pubblicitario indipendentemente dal numero di messaggi in esso contenuti; pertanto l'unica base di determinazione del tributo è rappresentata dalla superficie del mezzo pubblicitario utilizzato. Conseguentemente, ai fini dell'applicazione dell'esenzione di cui all'art. 17, comma 1-bis d.lgs. n. 507/93 (che esenta da imposta sulla pubblicità le insegne di esercizio di attività commerciali e di produzione di beni o servizi che contraddistinguono la sede ove si svolge l'attività, di superficie complessiva fino a 5 metri quadrati) il contribuente dovrà sempre dimostrare che la superficie su cui è apposto il messaggio contestato è comunque inferiore al detto limite di 5 metri quadrati (fattispecie in tema di cabine fotografiche).

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. XI, 31 luglio 2012, n. 65 - Pres. Proto - Rel. Locci.

IRAP – medico – ammontare del fatturato – indizio di un'autonoma organizzazione – irrilevanza – spese rilevanti – indizio di un'autonoma organizzazione – irrilevanza.

In tema di IRAP, il fatturato prodotto da un professionista non è di per sé indicativo della sussistenza di un'autonoma organizzazione, come pure la riscontrata presenza di rilevanti spese ben può essere compatibile con il tipo di attività svolto senza che il loro ammontare, di per sé, determini la sussistenza di un'autonoma organizzazione.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. I, 13 luglio 2012, n. 87 - Pres. Soave - Rel. Venturini.

IRPEF – cancellazione dall'anagrafe dei residenti – residenza all'estero – Principato di Monaco – paradiso fiscale – residenza in Italia – presunzione – centro di interessi economici ed affettivi – dimostrazione – necessità.

In forza dell'art. 2, comma 2-bis, d.p.r. n. 917/1986, il cittadino italiano che si sia cancellato dall'anagrafe della popolazione residente per trasferirsi nel Principato di Monaco, si considera comunque residente in Italia a meno che dimostri che la sussistenza di un prevalente centro di interessi affettivo – economico nel Paese estero (nella specie, sebbene il contribuente avesse dimostrato di dimorare periodicamente all'estero, la Commissione ha ritenuto che il "centro degli interessi economici ed affettivi" dovesse comunque essere ravvisato in Italia alla luce del fatto che i familiari del contribuente risiedevano in Italia nello stesso indirizzo presso il quale il contribuente ha individuato il proprio domicilio fiscale con la dichiarazione dei redditi, che il contribuente era amministratore e liquidatore di una società italiana, che aveva stipulato numerosi contratti di assicurazione in Italia e che non aveva dato convincenti prove in relazione a redditi prodotti, percepiti e dichiarati all'Estero).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. I, 29 febbraio 2012, n. 25 - Pres. e Rel. Cingano.

IVA – valori di magazzino – rimanenze non coincidenti con le giacenze iniziali – d.p.r. n. 441/97 – presunzione di cessione dei beni in nero – condizione – riscontro della mancanza fisica della merce – necessità.

IRPEF – valori di magazzino – rimanenze non coincidenti con le giacenze iniziali – presunzione di cessione dei beni in nero – mancata sottrazione dei beni – doppia presunzione – presunzioni gravi, precise e concordanti – accertamento – illegittimità.

Dal combinato disposto degli artt. 1 e 4 del D.p.r. n. 441/97 si presumono ceduti od acquistati in nero quei beni che, in occasione di accessi, ispezioni e verifiche, non si trovano nei luoghi in cui il contribuente esercita la propria attività: tali disposizioni presuppongono però che sia riscontrata la mancanza fisica dei beni, non essendo sufficiente, al fine della loro applicazione, un mero calcolo basato sulla differenza dei valori non supportata dall'effettiva fisica constatazione di una sottrazione di merci.

La riscontrata differenza dei valori del magazzino non costituisce una presunzione grave, precisa e concordante di maggiori ricavi non contabilizzati; al contrario, la presunzione dell'Ufficio secondo cui la sola differenza di valori registrata a fine e inizio esercizio comporta una sottrazione di merci, dalla quale possa conseguentemente presumersi una vendita in nero delle stesse, rappresenta una doppia presunzione mancante di un'effettiva dimostrazione, tale da rendere illegittimo l'accertamento dell'Ufficio.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIV, 22 maggio 2012, n. 121 - Pres. Balba - Rel. Toscano.

IVA – contratto di concessione di vendita – incentivi corrisposti per vendita dei veicoli – assoggettabilità ad IVA – esclusione.

Gli incentivi che la casa madre riconosce al proprio concessionario per la vendita di autoveicoli non sono soggetti ad IVA in quanto sono riconosciuti, per lo svolgimento di compiti ordinari, in base a disposizioni del contratto di concessione di vendita stipulato tra le parti.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIV, 5 aprile 2012, n. 90 - Pres. Balba - Rel. Scanu.

PROCESSO tributario – atti impositivi impugnati con-

giuntamente – motivi di impugnazione formulati indistintamente – inammissibilità – sussiste.

È inammissibile il ricorso presentato cumulativamente avverso due distinti atti di accertamento senza che il ricorrente abbia distintamente evidenziato i motivi di impugnazione afferenti specificamente ciascuno dei singoli accertamenti.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, sez. I, 8 maggio 2012, n. 99 - Pres. Bocchiardo - Rel. Palmiero.

PROCESSO tributario – denuncia catastale – rettifica – diritto di proprietà – contestazione – accertamento – giurisdizione tributaria – insussistenza.

Sussiste la giurisdizione del Giudice Ordinario e non del Giudice Tributario nel caso in cui sia contestata la titolarità del diritto di proprietà di un locale che sia stato oggetto di una rettifica catastale in quanto la controversia non investe profili tributari afferendo all'accertamento degli effettivi proprietari del bene.

Commissione Tributaria Regionale di Genova sez. XI, 9 agosto 2012, n. 71 - Pres. Proto - Rel. Locci.

RISCOSSIONE – notificazione – irreperibilità temporanea ed assoluta – art. 60, c. 1, lett. 2) d.p.r. n. 600/1973 ed art. 140 c.p.c. – disciplina.**MISURE cautelari – iscrizione ipotecaria – art. 76, c. 1, d.p.r. n. 602/1973 – iscrizione per crediti di importo inferiore ad 8.000 euro – illegittimità.**

Il regime di notificazione degli atti è differente a seconda che si versi in un'ipotesi di irreperibilità temporanea rispetto a quello di irreperibilità assoluta. Infatti, la notificazione di un accertamento deve essere effettuata ai sensi dell'art. 140 c.p.c. nel caso in cui siano conosciuti la residenza e l'indirizzo del destinatario ma non sia stata possibile eseguire la sua consegna perché questi (o altro possibile destinatario) non è stato rinvenuto in detto indirizzo da dove non è tuttavia risultato trasferito. Viceversa, la notificazione va eseguita secondo la disciplina prevista dall'art. 60, lett. e) d.p.r. n. 600/1973 nel caso in cui l'agente notificatore non reperisca il contribuente che, dalle notizie acquisite all'atto della notifica, risulta trasferito in luogo sconosciuto.

L'ipoteca, quale atto preordinato e strumentale all'espropriazione immobiliare, soggiace al limite di cui all'art. 76, c. 1, d.p.r. n. 602/1973, per cui può essere iscritta quando il debito del contribuente non supera gli 8.000 euro, dovendo essere annullata nel caso di iscrizione per crediti di importo inferiore.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. I, 29 febbraio 2012, n. 31 - Pres. Quattraro - Rel. Silvano.

RISCOSSIONE – cartella di pagamento – notificazione – coniuge del destinatario – inesistenza della notifica – esclusione.**IMPOSTE sui redditi – lavoratore dipendente – ritenute subite all'estero – credito di imposta – modello cud e dichiarazione dei redditi – valenza probatoria – insufficienza – spettanza del credito di imposta – esclusione.**

Non è inesistente la notificazione della cartella di pagamento che sia stata effettuata da un soggetto abilitato, presso il domicilio del

ricorrente ed a persona a lui sicuramente riconducibile (nella specie, al coniuge): la sua eventuale irregolarità genera un vizio che è sanato dalla proposizione del ricorso avendo avuto il destinatario piena conoscenza dell'atto.

Il modello CUD emesso dal sostituto di imposta e la dichiarazione dei redditi non sono documenti sufficienti a dimostrare la spettanza di un credito di imposta per ritenute subite da un lavoratore dipendente all'estero.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. XI, 10 agosto 2012, n. 73 - Pres. Proto - Rel. Locci.

SANZIONI – rimborso di un credito IVA dichiarato non dovuto dall'Ufficio successivamente alla sua effettuazione – art. 13 d.lgs. n. 471/97 – tardivo od omesso versamento – sanzione – applicabilità – non sussiste – errore dell'Ufficio – configurabilità.

La sanzione amministrativa prevista dall'art. 13, d.lgs. n. 471/97 è applicabile solamente nei casi di mancata esecuzione, in tutto od in parte, alle prescritte scadenze, dei versamenti in acconto, dei versamenti periodici e del versamento di conguaglio od a saldo dell'imposta risultante dalla dichiarazione. Tale sanzione, per il principio di legalità, non è quindi applicabile al contribuente che abbia ottenuto dall'Ufficio il rimborso di un credito IVA che l'Ufficio stesso, successivamente alla sua erogazione, abbia ritenuto non dovuto: in tale ipotesi, infatti, il fatto che è stato sanzionato (l'omesso versamento di somme oggetto di un rimborso poi dichiarato non dovuto) deriva da un errore dell'Ufficio che avrebbe dovuto verificare con più attenzione la spettanza del rimborso e quindi negarlo se non spettante.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. VII, 2 marzo 2012, n. 21 - Pres. e Rel. Sorrentino - C.B. (Avv. Sturlese) c. Equitalia Sestri S.p.A.

RISCOSSIONE – iscrizione ipotecaria – previa notifica dell'avviso di mora – condizione – insussistenza.**RISCOSSIONE – art. 7 L. n. 212/2000 – allegazione dell'atto richiamato e non conosciuto – avviso di iscrizione ipotecaria – mancata allegazione atto di iscrizione – nullità – sussiste.**

La notifica dell'avviso di mora, previsto dall'art. 50, c. 2, d.p.r. n. 602/1973, è un vincolo posto a tutela del contribuente-debitore in relazione alla procedura esecutiva immobiliare e non anche all'azione cautelare del credito realizzata attraverso un'iscrizione ipotecaria, la cui esperibilità è legata esclusivamente allo scadere del termine di 60 giorni dalla notifica della cartella di pagamento in virtù della disposizione contenuta nel comma 1 dell'art. 50 cit.

L'art. 7 dello Statuto dei diritti del contribuente, laddove prevede che quando “nella motivazione si fa riferimento ad un altro atto, questo deve essere allegato all'atto che lo richiama”, non prevede alcuna distinzione tra atti “prodromici” ed atti “non prodromici”, bensì, richiedendo l'allegazione dell'atto richiamato, ha come unica finalità e ratio quella di mettere il contribuente in condizione di conoscere (ed eventualmente contestare) tutti gli atti a sé pregiudizievole: è nullo quindi l'avviso di iscrizione ipotecaria a cui non sia stato allegato anche il relativo atto di iscrizione.

Sezione di diritto penale

Sentenze e ordinanze

Tribunale di Genova, 6 dicembre 2012 - Giudice Panicucci.

NOTIFICAZIONE in materia penale – domicilio eletto o dichiarato – rifiuto della qualità di domiciliatario – legittimità – effetti.

(Art. 161 c.p.p.)

Il deposito della dichiarazione di rinuncia alla qualità di domiciliatario, da parte del difensore, comporta l'inidoneità del domicilio eletto e quindi l'obbligo di procedere alle successive notificazioni nelle forme di cui all'art. 164, c. 4, c.p.p. (1)

(Conforme: Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, ordinanza 28 marzo 2013 - Giudice Baldini)

(...*Omissis*...)

Preliminarmente la difesa eccepisce la nullità della notifica del decreto di citazione a giudizio all'imputato alla luce della dismissione di mandato e della funzione di domiciliatario effettuata dall'Avv. xxx il 22/07/11 (data del deposito in Procura).

Il P.M. si associa.

Il Giudice: rilevato che effettivamente l'atto recante la duplice rinuncia è stato depositato in Procura in data anteriore all'emissione del decreto di citazione a giudizio, dichiara la nullità della notifica e ne dispone la rinnovazione al difensore presente e all'imputato nelle mani del difensore presente.

(...*Omissis*...)

(1) L'elezione di domicilio come atto recettizio: legittimità, forme ed effetti del rifiuto da parte del difensore.

Sommario: 1. *Inquadramento dell'elezione di domicilio* 2. *L'elezione di domicilio come atto recettizio* 3. *Legittimità e forme della rinuncia alla funzione di domiciliatario* - 4. *Effetti sulla idoneità del domicilio eletto.*

1. Inquadramento dell'elezione di domicilio.

L'elezione di domicilio ex art. 161 c. 1 c.p.p. è l'atto con cui l'eligente indica la persona presso cui notificare gli atti processuali a lui destinati.

Le notifiche regolarmente eseguite al domicilio eletto sono accompagnate dalla presunzione *iuris et de iure* di conoscenza dell'atto da parte del destinatario, tanto che con l'accettazione dell'atto notificato, *il domiciliatario diventa interlocutore nei confronti dell'autorità giudiziaria che, all'esclusivo e limitato effetto delle notificazioni, è tenuta a considerarlo quale alter ego dell'imputato* (1)

2. L'elezione di domicilio come atto recettizio

Nella pratica quotidiana l'indicazione di un domiciliatario viene spesso trattata come un atto unilaterale dal quale il prescelto sarebbe ineludibilmente investito.

Al contrario, la giurisprudenza di legittimità e quella costituzionale definiscono tale istituto quale atto recettizio dal

quale origina un rapporto pienamente bilaterale.

A fronte delle rilevanti conseguenze processuali si considera infatti, quale presupposto della domiciliazione, l'esistenza di un sotteso rapporto fiduciario tra domiciliato e domiciliatario (2). La stessa giurisprudenza valorizza quindi l'esistenza di un effettivo rapporto tra i due soggetti consentendo a entrambi di revocare o rifiutare la domiciliazione.

Tali caratteristiche investono anche il rapporto con il difensore validamente indicato come domiciliatario, sia egli nominato di fiducia o assegnato d'ufficio.

D'altro canto, il difensore che accetta la domiciliazione degli atti destinati alla parte si vede investito di oneri, come quello di portare l'atto notificato alla conoscenza dell'imputato, ulteriori rispetto alla difesa in senso stretto.

È chiaro quindi che l'assunzione di tali ulteriori incombenze debba incontrare il consenso dell'onerato.

Su questa premessa, ad esempio, in tema di liquidazione del compenso si è ritenuto che al difensore d'ufficio il quale abbia accettato la qualità di domiciliatario di un c.d. "irreperibile di fatto" sia preclusa la procedura breve prevista per gli irreperibili dichiarati, di cui all'art. 117 del T.U. sulle spese di giustizia (3). Per avanzare la richiesta di liquidazione a carico dell'Erario, il difensore domiciliatario deve pertanto fornire dimostrazione del previo, infruttuoso esperimento delle procedure di recupero del credito anche ove fosse *ab origine* concretamente impossibile reperire l'assistito.

3. Legittimità e forme della rinuncia alla funzione di domiciliatario.

Mentre la revoca dell'elezione di domicilio ad opera dell'imputato riceve una diretta regolamentazione codicistica all'art. 162 c.p.p., nella pratica sorgono problemi nell'identificare le modalità con cui il difensore (di fiducia o d'ufficio) possa comunicare il rifiuto o la rinuncia alla domiciliazione degli atti della parte presso il proprio studio.

Le massime di cui alla giurisprudenza citata fanno genericamente riferimento ad un "rifiuto della ricezione dell'atto", espressione che ha spesso portato gli interpreti ad identificare la cessazione del rapporto di domiciliazione con il diniego del difensore a ricevere l'atto al momento della consegna.

In alcuni casi (4) sentenze riguardano invece il preventivo deposito di una missiva con cui il difensore dichiara di rifiutare le notifiche al domicilio eletto dall'imputato: modalità quindi ritenuta parimenti valida ed efficace.

Tale forma, peraltro, rispetto al rifiuto di un singolo atto risulterebbe più agevole e consona all'attività di uno studio legale oltre che più conforme al principio di correttezza ed economia processuale.

4. Effetti sulla idoneità del domicilio eletto.

Il rifiuto della funzione di domiciliatario rende inidonea l'elezione di domicilio, pur valida ed efficace sino alla manifestazione del rifiuto. In mancanza di un diverso domicilio idoneo, la successiva notifica degli atti all'imputato deve quindi avvenire mediante consegna al difensore, ai sensi dell'art. 161, c. 4, c.p.p. (5).

Ruggero Navarra, Avvocato, Foro di Genova
Simone Rivabella, Praticante Avvocato

Note:

- (1) Vd. tra le altre, Cass. Pen. sez VI 20/8/1974 n. 1160
 (2) Vd., tra le altre Ord. Corte cost. n° 138 del 13/04/1994, Cass. Pen., Sez. IV, n° 31658/2010; Cass. Pen., Sez. II, n° 2884/2011. Vd anche cass. pen. Sez II 8/7/1992 n. 7850 Rotondo, secondo cui "l'elezione di domicilio che l'imputato può fare non investe con atto di imperio il prescelto, determinando in capo a costui l'obbligo indeclinabile di ricevere gli atti destinati all'imputato, ma è fondata su di un rapporto fiduciario e sull'assenso del prescelto ad assumere e svolgere il ruolo di domiciliatario per le notificazioni".
 (3) vd. Cass. Pen., Sez. I, n° 32284/2003.
 (4) vd., in particolare, le citate Cass. Pen., Sez. IV, n° 31658/2010 e Cass. Pen., Sez. II, n° 2884/2011.
 (5) In questo senso, la giurisprudenza già richiamata ha più volte sottolineato la diversità funzionale tra la notificazione al difensore come tale e quella al difensore del soggetto che abbia eletto un domicilio inidoneo. Nella pratica, tra le altre conseguenze vi è la riconosciuta possibilità per il difensore d'ufficio, in caso di irreperibilità di fatto dell'assistito, di chiedere la liquidazione dei compensi secondo quanto previsto all'art. 117 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

Tribunale di Chiavari, 4 febbraio 2013 - Giudice Bernocco.

STRANIERI - ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato - sanzione sostitutiva dell'espulsione - omessa determinazione della durata - illegittimità.

(Artt. 10 bis, 13, 16 Decreto Legislativo n. 286/1998; Art. 3 Decreto Legislativo n. 89/2011)

Il Giudice di Pace, nel pronunciare condanna per il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, non può disporre l'espulsione dello straniero come sanzione sostitutiva se non ne determina la durata.

In esito sull'orale, odierno, pubblico dibattimento, svoltosi nei modi e termini di legge, il P.M. concludeva chiedendo l'accoglimento dei motivi d'appello con l'esclusione della sostituzione della pena pecuniaria con l'espulsione; la difesa concludeva chiedendo l'accoglimento dei motivi d'appello e assoluzione dell'imputata.

(... Omissis...) **Motivi della decisione**

Con atto di appello in data 23.6.2011 il difensore di XX chiedeva riformarsi la sentenza del Giudice di Pace di Rapallo in data 31.5.2011 con la quale l'imputata era condannata alla pena di Euro 5.000,00 di ammenda in ordine al reato di cui all'art. 10 bis D.Lvo 286/1998, sostituita tale pena, con quella della espulsione dal territorio dello Stato, ai sensi del combinato disposto degli artt. 16 D.Lvo 286/1998 e 62 bis D.Lvo 274/2000.

A sostegno dell'impugnazione il difensore adduceva l'insussistenza dei presupposti per effettuare la predetta sostituzione - disposta, per altro, in assenza del termine di durata previsto dalla legge - e chiedeva dichiararsi la nullità della sentenza di primo grado.

L'appello deve ritenersi fondato solo con riferimento alla mancata indicazione, da parte del giudice di prime cure, del termine di durata dell'espulsione.

Invero, il motivo riguardante la insussistenza delle condizioni legittimanti la sostituzione della pena pecuniaria con quella della espulsione - che dovrebbe avvenire, secondo l'assunto difensivo, alla luce dei criteri stabiliti dalla direttiva Europea 115/2008 e dalla Corte di Giustizia (sentenza 284.2011), ossia, tenuto conto della situazione personale e familiare dell'interessato - non può trovare accoglimento in quanto non risultano provate in atti le affermazioni, contenute nell'atto di appello, secondo cui la XX sarebbe stata persona con prole, stabilmente radicata nel territorio dello Stato e priva di legami nella propria terra di origine.

Viceversa, come si è detto, la mancata indicazione, nella sentenza impugnata, della durata della espulsione - che, ai sensi dell'art. 16 del citato decreto legislativo non può essere inferiore a cinque anni - determina la nullità del capo della sentenza relativamente a tale previsione come, per altro, affermato dalla Suprema Corte sez. I con la pronuncia in data 25.1.2012

P.Q.M.

Visto l'art. 605 c.p.p. dichiara la nullità della sentenza impugnata limitatamente alla sostituzione della pena pecuniaria di Euro 5.000,00 con quella della misura dell'espulsione dell'imputata dal territorio dello Stato.

Massime

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 31 maggio 2012 - Giudice Baldini.

ALIMENTI e bevande – disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande – vendita di prodotto alimentare non conforme per presenza di salmonella – elemento soggettivo.

(Art. 5 lett. c L. 286/62)

Non può ritenersi sussistente l'elemento psicologico in capo al soggetto che, dato l'esito positivo riscontrato a seguito di autocontrollo analisi, aveva effettuato una formale comunicazione all'U.O. Igiene degli Alimenti di Origine Animale presso la ASL ed il giorno stesso aveva tentato, seppure invano, di ritirare il prodotto dal mercato.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 23 aprile 2012 - Giudice Fucigna.

CIRCOSTANZE del reato – recidiva – esito positivo dell'affidamento in prova ai servizi sociali – estinzione ogni effetto penale – valutazione condanna ai fini recidiva – insussistenza.

(Artt. 99 c.p. e 47 O.P.)

L'estinzione di ogni effetto penale determinata, per dettato dell'art. 47, comma 12 Ord. Pen., dall'esito positivo dell'Affidamento in prova al servizio sociale, comporta che delle condanne relative non possa tenersi conto agli effetti della recidiva.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 13 giugno 2012 - Giudice Giacalone.

CIRCOSTANZE del reato – recidiva – recidiva reiterata – lettura costituzionalmente orientata dell'art. 69 c.p. – giudizio di pericolosità in concreto – natura e tempo di commissione dei precedenti – parametri indicati dall'art. 133 c.p. – facoltatività dell'aumento di pena – ammissibilità.

(Artt. 69, 99 e 133 c.p.)

L'art. 69 c.p., nella nuova formulazione introdotta dalla L. 251/05, limita il giudizio di bilanciamento delle circostanze nei casi di recidiva reiterata, vietando espressamente il giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti. La lettura costituzionalmente orientata della norma, a seguito della recente pronuncia della Corte costituzionale, conferma la facoltatività dell'aumento di pena in caso di recidiva, anche reiterata (salvo si proceda per uno dei delitti indicati dall'art. 407, c. 2, lett. a), c.p.p.), superando l'automatismo introdotto dal quarto comma dell'art. 69 c.p. e rimettendo al giudice un giudizio di pericolosità in concreto ancorato alla significatività del nuovo episodio delittuoso - in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei precedenti ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 c.p. - nella va-

lutazione della accentuata pericolosità del reo, idonea ad influire sul trattamento sanzionatorio.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 1 giugno 2012 - Giudice Orsini.

CONTRAVVENZIONI di polizia – inosservanza dei provvedimenti delle autorità – invito allo straniero a presentarsi presso la Polizia ai fini dell'espulsione – insussistenza.

(Art. 650 c.p.)

Non risponde del reato p. e p. dall'art. 650 c.p. il soggetto che non ottemperò all'invito a presentarsi presso gli uffici della Polizia allorché ciò sia finalizzato alla sua espulsione dal territorio nazionale in quanto l'ordine di allontanamento del Questore e la relativa sequenza procedimentale stabilita dall'art. 14 D.L.vo 286/1998 non può essere validamente surrogata da altri atti.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 28 maggio 2012 - Giudice Magrini.

DELITTI contro il patrimonio – circonvenzione di persone incapaci – prova della condotta di induzione – necessità – rilevante entità degli atti di disposizione patrimoniale in mancanza di elementi certi da cui desumere lo stato di incapacità – insufficienza.

(Artt. 643 c.p.)

Deve essere esclusa la configurabilità del reato di circonvenzione di persone incapaci qualora non vi siano elementi certi da cui desumere la sussistenza di uno stato di incapacità della persona offesa del reato e la condotta di induzione non sia provata nella sua materialità.

A tal riguardo, si deve precisare che la sussistenza dell'elemento dell'induzione non può essere affermata sulla base della sola entità degli atti di disposizione e che tale ragionamento vale, a maggior ragione, nei casi in cui gli atti di disposizione patrimoniale incriminati trovino una loro precisa e logica giustificazione ravvisabile, ad esempio, nella ricorrenza di rapporti affettivi e di collaborazione risalenti nel tempo.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 12 gennaio 2012 - Giudice Baldini.

DELITTI contro il patrimonio – rapina – convinzione di agire al fine di esercitare una pretesa ritenuta legittima – dolo di rapina – esclusione – esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone – sussistenza.

(Artt. 628 e 393 c.p.).

Qualora il soggetto agente ponga in essere una condotta astrattamente riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 628 c.p., ma accompagnata dalla convinzione di agire al fine di esercitare (seppur con modalità e toni indubbiamente non leciti) una propria pretesa ritenuta legittima, la sussistenza dell'elemento psicologico del delitto di rapina, che consiste nella consapevolezza di perseguire un profitto ingiusto, andrà esclusa. In tali casi sarà invece configurabile la diversa fattispecie di esercizio arbitrario delle proprie ragioni.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 6 novembre 2012 - Giudice Borzone.

DELITTI contro il patrimonio – truffa a danno di ente pubblico – fattispecie.

(Art. 640 comma 2 n. 1 c.p.)

Non integra il reato contestato la condotta di una medico dipendente ASL il quale, avendo ottenuto un periodo di congedo straordinario retribuito per assistere la madre (ai sensi dell'art. 42 comma 5 D.L.vo 151/2001), abbia continuato a svolgere attività libero-professionale: benché tale comportamento sia illecito (in contrasto sia con la normativa che con la regolamentazione aziendale vigente), l'accertata sporadicità delle prestazioni private non ha impedito all'imputato di prestare assistenza alla madre.

Sebbene la norma citata indichi tra i soggetti legittimati a fruire del congedo il figlio convivente, risulta irrilevante che l'imputato solo raramente trascorresse la notte nell'appartamento della madre posto che il concetto di convivenza non coincide con quello di coabitazione (Cass. sez. V 8625/2000).

Considerato che l'imputato versava nelle condizioni di fatto e di diritto per poter fruire dell'aspettativa, non è certo che il successivo comportamento abbia inciso o, comunque, che sia stato posto in essere nella consapevolezza di incidere sull'assistenza prestata al familiare.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 30 maggio 2012 - Giudice Orsini.

DELITTI contro la famiglia – maltrattamenti in famiglia – elemento psicologico – coscienza e volontà di commettere una serie di fatti lesivi della integrità fisica e della libertà o del decoro della persona offesa in modo abituale – sussistenza.

(Art. 572 c.p.)

È ormai diritto vivente che per la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p. non si richiede una intenzione di sottoporre la vittima convivente in modo continuo ed abituale ad una serie di sofferenze fisiche e morali, ma solo la consapevolezza dell'agente di persistere in un'attività vessatoria. Quel che la legge impone è solo la coscienza e volontà di commettere una serie di fatti lesivi della integrità fisica e della libertà o del decoro della persona offesa in modo abituale.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 5 giugno 2012 - Giudice Borzone.

DELITTI contro la fede pubblica – falsità ideologica

commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici – corso formale con la falsità materiale – configurabilità.

(Art. 479 c.p.)

L'ausiliario del traffico che ponga in essere la condotta consistente nel modificare i preavvisi di infrazione di divieti di sosta – qualificabili come atti pubblici – con correzioni relative alla composizione alfanumerica delle targhe dei veicoli interessati in modo tale che l'infrazione venga notificata a soggetti diversi dei proprietari dei mezzi, con conseguente annullamento dei relativi verbali di accertamento, realizzata al contempo un falso materiale e uno ideologico, poiché, mediante tali atti, si certifica anche che un determinato veicolo, anziché un altro, era irregolarmente posteggiato nella zona di controllo.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 10 febbraio 2012 - Giudice Baldini.

DELITTI contro la fede pubblica – falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici – errore determinato dall'altrui inganno – casistica.

(Artt. 48 e 479 c.p.)

La condotta del cittadino straniero che corrisponda a terzi del denaro per ottenere documentazione fittizia che gli consenta di conseguire la regolarizzazione della propria posizione sul territorio nazionale è suscettibile di integrare il delitto di falso ideologico (in atto pubblico) per induzione di cui al combinato disposto degli artt. 48 e 479 c.p., profilandosi al riguardo sostanzialmente irrilevante la circostanza che egli non conosca con precisione la normativa italiana in tema di soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 11 maggio 2011 - Giudice Borzone.

DELITTI contro la persona – minaccia – gravità della minaccia – fattispecie – sussistenza – circostanze attenuanti generiche – giudizio di bilanciamento – equivalenza.

(Artt. 62 bis, 69 e 612 c. 2 c.p.)

Tenuto conto della obiettiva gravità della minaccia – effettuata prospettando l'utilizzo di armi ed evocando fatti di sangue – deve essere ritenuta corretta la concessione delle attenuanti generiche in ragione non solo dell'incensuratezza ma anche del buon comportamento processuale, circostanze riconosciute solo in equivalenza rispetto alla contestata aggravante di cui all'art. 612, c. 2, c.p..

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 5 aprile 2011 - Giudice Cusatti.

GIUDICE penale – sindacato sugli atti amministrativi – esercizio non corretto del potere – legittimità del sindacato – non sussistenza – carenza di potere – legittimità del sindacato – sussistenza.

In caso di atto amministrativo viziato, allorché il vizio attenga all'esercizio scorretto del potere sotto il profilo della competenza, della forma, del contenuto con particolare riguardo all'eccesso di

potere nelle sue diverse manifestazioni, il suo sindacato è sottratto ai poteri del giudice penale; mentre allorché si verta in un'ipotesi di carenza di potere, e cioè di assenza dei presupposti e limiti che ineriscono all'esistenza stessa del potere, è del tutto legittimo il sindacato del giudice penale.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 30 aprile 2012 - Giudice Orsini.

PATROCINIO a spese dello Stato – mancata comunicazione delle variazioni di reddito – mancato avvio causa civile – delitto – insussistenza.

(Art. 125, comma 2, D.P.R. 115/02)

Non incorre nel reato previsto e punito dall'art. 125, comma 2, D.P.R. 115/02 il soggetto che, una volta ammesso al patrocinio a spese dello Stato relativamente ad una causa civile che avrebbe dovuto iniziare, non comunichi le variazioni di reddito, ma allo stesso tempo non intraprenda neppure la causa per la quale era stato ammesso al beneficio.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 3 maggio 2012 - Giudice Baldini.

PATROCINIO a spese dello Stato – reato di falsità o omissioni nelle dichiarazioni sostitutive di certificazione – omessa comunicazione delle variazioni di reddito – somme percepite a titolo di trattamento di fine rapporto – rilevanza dubbia con riferimento al limite del computo reddituale previsto dall'art. 76 DPR 115/2002 – errore scusabile sulla legge extra penale – esclusione dell'elemento soggettivo del reato.

(Artt. 95 e 79, comma 1, lett. d), D.P.R. 115/2002)

La sussistenza dell'elemento soggettivo del reato deve essere esclusa nel caso in cui l'omessa comunicazione delle variazioni reddituali sia stata il frutto di un errore sul precetto dovuto ad errore sulla legge extra penale.

Tale errore, infatti, in conformità a quanto statuito dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 364/1988, la quale ha stemperato il rigore dell'art. 5 c.p., ben può ritenersi scusabile sia in quanto correlato a una normativa certamente equivoca e nebulosa, sia in considerazione del fatto che non vi è un netto e consolidato orientamento giurisprudenziale in ordine alla rilevanza o meno, nel limite del computo reddituale previsto dall'art. 76 D.P.R. 115/2002, delle somme percepite a titolo di trattamento di fine rapporto.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 18 gennaio 2012 - Giudice Borzone.

REATI del Codice della strada – guida in stato di ebbrezza – aggravante dell'aver provocato incidente stradale – coinvolgimento più autoveicoli – irrilevanza – danni a cose o persone – irrilevanza – fattispecie.

(Art. 186 comma 2 lett. b e comma 2bis D.L.vo 285/92)

Integra l'aggravante di cui al comma 2bis art. cit. qualsiasi incidente, a persone o cose, che si verifichi in occasione della circolazione, a prescindere dalla circostanza che esso coinvolga uno o più veicoli e che comporti danni a cose e/o a persone, poiché il legislatore nessuna specificazione restrittiva pone in materia (fattispecie in cui la conducente, dopo aver ripetutamente sbandato, aveva percorso la canaletta di scolo fino ad urtare con la parte anteriore destra il muro di contenimento di un vincolo autostradale).

CR.BR.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 12 aprile 2011 - Giudice Lepri.

REATI fiscali – omesso versamento delle ritenute alla fonte – ditta individuale – mancanza del rilascio della certificazione al sostituto – insussistenza del reato.

(Art. 10bis Decreto Legislativo n. 74/2000)

Il rilascio da parte del sostituto della certificazione al sostituto è un elemento oggettivo del reato p. e p. dall'art. 10bis D. L.vo n. 74/2000, pertanto in difetto si impone l'assoluzione per insussistenza del fatto. (1)

Nel caso di dipendenti, in mancanza di una definizione di certificazione contenuta nel D. L.vo n. 74/2000, la relativa nozione non può che essere desunta dall'art. 4 commi 6bis e 6 ter DPR 322/98 (già art. 7bis DPR 600/73), in base al quale chiunque corrisponde somme o valori soggetti a ritenute alla fonte è tenuto a redigere una certificazione unica, anche a fini contributivi, da consegnare agli interessati entro il mese di febbraio dell'anno successivo a quello in cui le somme o i valori sono stati corrisposti. (2)

(1-2) Nota

Omesso versamento Iva e nozione di "ritenute certificate".

La sentenza in commento ha il pregio di affrontare temi oggetto fino ad oggi di scarsa attenzione giungendo all'affermazione di due principi importanti: il rilascio di certificazione ai sostituiti è elemento indefettibile per l'integrazione della fattispecie criminosa; in riferimento ai lavoratori dipendenti, l'unico documento il cui rilascio è rilevante ai fini penali è soltanto la Certificazione unica dei redditi di lavoro dipendente (cd. CUD).

Il provvedimento annotato conclude un processo nato da una segnalazione dell'Agenzia delle Entrate che, attraverso un controllo automatizzato del modello 770 presentato dalla società di cui l'imputato era legale rappresentante, aveva accertato l'omesso versamento di ritenute alla fonte operate su compensi ai dipendenti.

L'art. 10bis D. L.vo n. 74/2000, dalla significativa rubrica "Omesso versamento di ritenute certificate", sanziona l'omesso versamento di ritenute "risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti". Dal chiarissimo dato letterale della norma incriminatrice il Giudice ricava l'essenzialità del rilascio della certificazione.

Si rileva, peraltro, come l'esattezza della conclusione cui giunge la decisione in commento, deriva, ad avviso di chi scrive, anche dall'esame del previgente sistema repressivo. Infatti, come noto, l'art. 2 della Legge n. 516 del 1982 (come modificato dall'art. 3 del D.L. n. 83/91 convertito con modificazioni dalla L. n. 154/91) prevedeva un sistema di reati del sostituto d'imposta che si componeva di quattro fattispecie racchiuse nei primi tre commi dell'articolo 2:

la contravvenzione di omessa dichiarazione annuale delle ritenute, per il caso di superamento della soglia di 50 milioni di Lire e del termine di 90 giorni dalla scadenza (comma 1); la contravvenzione di omesso versamento di ritenute non risultanti dalle certificazioni rilasciate ai sostituiti nel caso di superamento delle soglie quantitative e del termine previsti (comma 2);

il delitto di omesso versamento, oltre il termine di tolleranza, di ritenute risultanti dalle certificazioni nel caso di superamento della soglia dei 25 milioni di Lire (comma 3, prima parte);

la contravvenzione di omesso versamento, oltre il termine di tolleranza, di ritenute risultanti dalle certificazioni, per un ammontare tra i 10 e i 25 milioni di Lire (comma 3, seconda parte).

La riforma dei reati in materia di imposte dirette e di IVA, attuata con il D. L.vo n. 74/2000, aveva abrogato l'intera disciplina operando una vera e propria abolitio criminis. Successivamente, l'art. 1 comma 414 della Legge n. 311 del 2004 ha reintrodotto la figura previamente delineata al comma 3 dell'art. 2 L. n. 516/82 inserendola all'art. 10bis del D. L.vo n. 74/2000.

Si osservi come la disciplina contenuta nella legge c.d. "mattette agli evasori" prevedesse due distinti reati per la condotta di omesso versamento nel caso di superamento di una certa soglia: uno di tipo contravvenzionale in caso di mancato rilascio di certificazione ai sostituiti, uno delittuoso in caso di avvenuto rilascio di certificazione ai sostituiti. L'attuale disciplina di cui all'art. 10bis D. L.vo n. 74/2000 prevede unicamente questa seconda ipotesi.

Per completezza va detto che la condotta punita in passato a titolo di contravvenzione dal comma 2 art. 2 L. n. 516/82 risulta oggi sanzionata quale illecito amministrativo dal D. L.vo 18/12/1997 n. 471, contenente la disciplina delle sanzioni tributarie non penali. In particolare l'art. 13 sanziona l'omesso versamento, totale o parziale, alle scadenze legislativamente previste, dell'importo risultante dalla dichiarazione.

Pare dunque fuor di dubbio che, nel caso dell'evocato articolo 13, il confronto tra quanto si doveva versare, alle previste scadenze, e quanto effettivamente versato vada fatto attraverso i dati dichiarati nel modello 770; nel caso dell'articolo 10bis, il confronto debba invece essere effettuato attraverso i dati contenuti nei modelli di certificazione consegnati ai sostituiti.

Chiarito dunque questo primo aspetto, che potrebbe sembrare scontato ma che nella pratica viene spesso trascurato dandosi quasi per scontato che le certificazioni ai sostituiti siano state consegnate omettendo di acquisire prove sul punto, il Giudice si pone il problema di individuare le certificazioni rilevanti ai fini penali.

In particolare, si chiede se possa ritenersi rilevante, per quanto attiene ai dipendenti, la sola Certificazione unica dei redditi di lavoro dipendente (cd. CUD), o se possa concorrere ad integrare la fattispecie de quo anche la consegna di altri documenti, quali ad esempio le buste paga.

Non rinvenendosi nel D. L.vo n. 74/2000 una definizione di "certificazione" rilasciata ai sostituiti, il Giudice si richiama alle norme che regolano la materia dell'istituto della sostituzione di imposta - ed in particolare all'art. 4 commi 6bis e 6ter del D.P.R. n. 322/98 recante "Dichiarazione dei sostituti d'imposta" - in base alle quali, con riferimento ai redditi di lavoro dipendente ed a quelli assimilati, i sostituti d'imposta sono tenuti a consegnare a dipendenti e collabo-

ratori la certificazione unica ai fini fiscali e previdenziali, cioè il modello CUD, secondo lo schema approvato di anno in anno dall'Agenzia delle Entrate.

In effetti, pare pienamente condivisibile ritenere che l'art. 10bis D. L.vo n. 74/2000, quando esprime il concetto di "ritenute risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti", non possa che richiamare il documento previsto dalla normativa tributaria ed in particolare dal sopra ricordato art. 4 commi 6ter e 6quater DPR n. 322/98. Significativo in proposito è non solo il termine utilizzato, "certificazione", lo stesso che si rinviene nell'indicata disposizione, ma anche l'uso del singolare, "certificazione", la certificazione unica, rilasciata annualmente secondo quanto previsto dalla norma citata.

Non possiedono invece efficacia certificativa documenti differenti quali le buste paga, ossia i prospetti consegnati in occasione di ogni pagamento: attribuire rilevanza ai fini penali anche a qualsiasi documento dal quale si ricavi che le ritenute siano state operate violerebbe, secondo il provvedimento annotato, il principio di tassatività.

Peraltro una diversa conclusione colliderebbe con la ratio della norma incriminatrice: la maggiore gravità della condotta del sostituto che, avendo omesso di versare le ritenute, attesti falsamente l'avvenuto versamento nel CUD, sta nel fatto che è proprio grazie al CUD che il sostituto potrebbe ugualmente scomputare le ritenute subite. Tale conclusione è confortata dalle istruzioni per la compilazione del Modello 730 dalle quali si ricava che è il CUD, e quello solo, il documento cui il lavoratore può e deve rifarsi nel compilare la propria dichiarazione dei redditi.

In altri termini solo accogliendo la tesi secondo cui la "certificazione rilasciata ai sostituiti" richiesta dall'art. 10bis D. L.vo n. 74/2000 per dare rilevanza penale all'omesso versamento delle ritenute sia il CUD (per quanto concerne i dipendenti) si comprende la ratio della scelta legislativa effettuata. Il CUD, infatti, è il documento che il lavoratore dipendente utilizza e deve esibire per compilare il modello 730, ossia la propria dichiarazione dei redditi, se vuole che nella liquidazione delle imposte a suo carico si tenga conto degli importi che gli sono stati trattenuti dal sostituto d'imposta. Si rammenti in proposito l'obbligo ben segnalato nelle istruzioni al modello 730 di conservare per cinque anni i documenti esibiti al Caf o al professionista tra cui compare appunto il CUD, onde giustificare i dati riportati nella dichiarazione in caso di accertamento.

Cristina Brigneti
Avvocato, Foro di Genova

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 4 giugno 2012 - Giudice Orsini.

STUPEFACENTI – attenuante della lieve entità – parametri di cui all'art. 73 c. 5 DPR 309/90 – gravità del fatto in relazione anche ad uno solo di tali elementi – esclusione.

(Art. 73, comma 5, D.P.R. 309/90)

In tema di detenzione illecita di sostanze stupefacenti, ai fini della valutazione della lieve entità dei fatti, il giudice deve prendere in considerazione tutti gli elementi indicati nel quinto comma dell'art. 73 DPR 309/90 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.

M.CIR.