

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 Piergiorgio, 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 Torsello (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 Bruzone (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.), Matteo Gamenara (M.GA.), 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.OCC.), Silvia Olcese (SI.OL.), Nicola Orecchia (N.OR.), Francesca Orfanelli (F.O.), Giorgia Orsi, Carlo Pasero (C.PA.), Clizia Pastorino (CLI.P.), Sara Pasquini (S.PSQ.), Pier Luigi Luciano Pesce, Nicolò Pescetto (N.P.), Federico Piva (F.PI.), Stefania Polidorou (STE.POL.), Patrizia Piano, Stefania Piano, Giovanni Porcile, Alberto Princiotta, Claudio Rambaldi (CL.RM.), Andrea Rava (A.RAV.), Federico Repetti (F.RPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Francesca Ricco, Mario Riccomagno, Enrico Righetti, Raffaella Romoli (R.RO.), Guia Rovegno (G.U.R.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Aldo Salvadè (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 Zanoli (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (F.A.Z.)

sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:

Enrico Albanesi (E.AL.), Francesca Bailo (F.B.), Lorenzo Barabino (L.B.), Carlo Bilanci (C.B.), Francesco Boetto (F.B.), Marcello Bolognesi (M.BO.), Monica Busoli (MO.BS.), Marco Castagnola (M.C.), Giovanna Cuzzola (G.CU.), Chiara Fatta (C.F.), Daniele Ferrari (D.F.), Maura Foglia (M.FO.), Alessia Fusco (A.FUS.), Sarah Garabellò (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.FRX.), 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 Bruzone (FR.BRZ.), Michele Ciravegna (M.CIR.), Luca Aldo Forlani, Marco Gerunzi, Giovanni Battista Gramatica, Stefania Ligas (S.LIG.), Nicoletta Lisi (NIC.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Maria Montemagno (M.MG.), Emanuele Olcese, Paola Pepe (P.PE.), Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Luigi Sannino (L.SN.), Cristina Senes (CR.SEN.), 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

Tralalêro

TRATTORIA GENOVESE



Via Arsenale di Terra 5
16126 Genova (Italy)
Tel. +39 010 2772827
trattoria@tralalero.it

Aperto tutti i giorni:
pranzo dalle 12.30 alle 15.00
cena dalle 19.00 alle 22.30

La Trattoria Tralalêro è un omaggio ai piatti dell'antica tradizione ligure, ai profumi, ai sapori della terra e del mare, un tuffo nella città autentica dove nei caruggi ancora si sentono voci che a cappella intonano gli amati canti popolari: "i tralalero". Soffitti decorati con tela di garza a richiamare vele di imbarcazioni, quadri e dettagli di ispirazione marinara, originali centro tavola realizzati con spezie e profumi dell'orto, regalano al locale una forte personalizzazione, fascino e calore, per poter assaporare in un'atmosfera accogliente e distesa ricette classiche tramandate da generazioni, realizzate con gusto e maestria dallo chef Luciano. Un ambiente curato nel dettaglio in cui tutto è pensato per gustare il sapore della tradizione non solo col palato ma anche con gli occhi: dalle pareti rosso *Santa Margherita* colore tipico delle case liguri che si affacciano sul golfo, ai tavoli in legno di lavorazione artigianale su cui sono riprodotte stampe di antichi velieri, alle sedute *campagnole* sul cui schienale è intarsiato il nodo d'amore. Tutto alla Trattoria Tralalêro ha un sapore intenso e genuino che rimane impresso. Le proposte alla carta sono ricche e variegate come la storia della terra che celebrano: *penne alla moschettiera*, *pansotti alla ligure con salsa di noci*, *seppie a zimino*, *fritto misto del vecchio pescatore*, *pollo al mattone con patate* sono solo alcune tra le voci in menu. Il carattere ora forte e deciso ora più semplice e delicato degli abbinamenti, le diverse modalità di cottura sono pensati per soddisfare i palati più diversi ed esigenti, ed esaltare la freschezza delle materie prime accuratamente selezionate nonchè l'artigianalità della preparazione dei piatti. L'appuntamento con la Trattoria Tralalêro è un'occasione per regalarsi una pausa rilassata e golosa all'ora di pranzo, o per trascorrere una serata all'insegna della leggerezza e della riscoperta della più popolare tradizione culinaria, respirando l'amore per la convivialità e l'arte dell'accoglienza da sempre fiore all'occhiello dell'ospitalità Planetaria Hotels.

Indice

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

- Tribunale di Tortona, 15 maggio 2013 **5**
Con nota di Antonio Fontana, *Si estende la tutela contro il licenziamento illegittimo* **7**
- Corte d'Appello di Genova, 1 febbraio 2013 **8**
- Tribunale di Genova, 15 novembre 2011 **11**
Con nota di Simonetta Cocconi, *Responsabilità civile da fatto illecito: evento di danno da violenza sessuale avvenuto in occasione di lezione privata di lingua inglese presso l'abitazione del precettore ex art. 609 bis c.p. aggravato per le condizioni di inferiorità fisica e psichica della persona offesa. Modi di determinazione del danno e sua liquidazione in sede civile* **12**
- Tribunale di Genova, 6 giugno 2013 **13**

Massime **17**

Documenti

- *Accessorietà ed autonomia nelle garanzie*
Andrea Fusaro **24**
- *L'assicurazione dei medici e delle strutture sanitarie*
Ugo Carassale **29**
- *Il contratto di skipass*
Waldemaro Flick **36**
- *Le responsabilità dei liquidatori delle società di capitali per il mancato pagamento dei creditori sociali*
Alberto Palermo **46**

Recensioni

- *“Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Intrnet Services Providers”* di Rosario D'Arrigo **53**
- *“Famiglia e responsabilità: i nuovi danni”* di Franco Longo **53**

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze e Ordinanze

- T.A.R. Liguria, 26 luglio 2012 **55**
- Consiglio di Stato, 6 marzo 2013 **55**
Con nota di Lara Trucco, *Questioni controverse concernenti il computo della soglia di sbarramento (al 3 % dei voti validi) nelle elezioni comunali* **57**

- T.A.R. Liguria, 10 giugno 2013 **61**
Con nota di Lorenzo Barabino **61**
- T.A.R. Liguria, 21 gennaio 2013 **62**

Recensioni

- *“La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)”* di Francesca Bailo
Alessandro Barca **63**

Sezione di diritto tributario

Massime **64**

Sezione di diritto penale

Sentenze e Ordinanze

- Tribunale di Chiavari, ufficio del G.I.P., 20 dicembre 2012 **69**
- Tribunale di Genova, 14 febbraio 2013 **70**

Massime **72**

Documenti

- *Molto rumore per nulla: a proposito della vicenda “Multipurpose”*
Michele Marchesiello **75**

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 Tortona, 15 maggio 2013 - Giudice Polidori - I.M. quale erede di L.P.L. (Avv. Durazzo) c. B. S.r.l. (Avv. Piccinini).

LAVORO (rapporto di) - licenziamento illegittimo - indennità sostitutiva e reintegrazione nel posto di lavoro - morte del lavoratore - impossibilità della reintegrazione - obbligazione alternativa - sussistenza - diritto degli eredi a chiedere il pagamento dell'indennità - ammissibilità.

(Art. 18, Statuto Lav.; l. 28 giugno 2012, n. 92; art. 1288 c.c.)

A seguito di licenziamento dichiarato illegittimo, l'opzione per l'indennità sostitutiva della reintegrazione prevista dall'art. 18 St. Lav., come novellato dalla L. 92/2012 (c.d. riforma Fornero), è oggetto di una obbligazione alternativa rispetto alla reintegra nel posto di lavoro, in quanto l'estinzione del rapporto di lavoro non discende dall'esecuzione della prestazione con il pagamento dell'indennità, ma dalla dichiarazione di scelta con la richiesta di pagamento. Pertanto, divenuta impossibile la reintegrazione per morte del lavoratore, va riconosciuto in capo agli eredi il diritto a chiedere il pagamento dell'indennità sostitutiva ex art. 1288 c.c. (1)

1. I fatti rilevanti per la decisione risultano per via documentale. L. Piero Luigi ha lavorato alle dipendenze della B. S.r.l. dal 7.9.2011 con la qualifica di autista ed inquadramento nel livello 3° S, CCNL autotrasporto merci e logistica (doc. 2, fasc. convenuta).

Egli si è assentato dal lavoro per malattia nei periodi dal 18.4.2012 al 27.4.2012, dall'8.5.2012 al 14.5.2012 e dal 30.5.2012 al 4.1.2013 (doc. 2, fasc. convenuta). Il lavoratore ha dichiarato che si sarebbe assentato dal lavoro per malattia anche nel periodo dal 4.1.2013 al 31.3.2013 (*ibidem*).

In realtà, con lettera del 4.1.2013 veniva intimato al dipendente il "licenziamento per giusta causa" per superamento del periodo di comportamento (letteralmente "a seguito superamento del periodo di conservazione del posto per malattia di cui all'art. 7 CCNL": doc. 3, fasc. ricorrente).

L. Piero Luigi, tuttavia, già decedeva l'11.1.2013 per la grave malattia oncologica da cui era affetto (doc. ti 1 e 6, fasc. ricorrente).

2. Con tali premesse, ricorre ora a questo Tribunale I. Mariana, quale vedova ed erede di L. Piero Luigi, anche in rappresentanza della figlia minore L. Sabrina, altra coerede: chiede la ricorrente che sia accertata l'illegittimità del licenziamento intimato dalla B. S.r.l. al marito, non essendosi verificato il dedotto superamento del periodo di comportamento; domanda altresì la parte che agisce che la società convenuta sia condannata a riconoscere, a lei e alla figlia quali eredi del L., l'indennità sostitutiva della reintegrazione, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali. Resiste la B. S.r.l. con memoria di costituzione. (... *Omissis*...)

3. Preliminarmente, va notato che il ricorso è stato ritualmente proposto sotto forma di procedimento di cui alla L. 92/2012, per effetto dell'art. 1 co. 67, per cui "I commi da 47 a 66 si applicano alle controversie instaurate successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge [il 18.7.2012]".

Ed invero, la ricorrente ha svolto domanda di tutela ai sensi del-

l'art. 18, L. 300/1970, fondante l'operatività del rito (art. 1 co. 47, L. 92 cit.), e, in tale ambito, il ricorso è stato depositato il 20.2.2013, dopo l'entrata in vigore della L. 92/2012.

Del resto, pur onerata della prova (Cass. sez. un. 141/2006), la società convenuta non ha contestato il requisito dimensionale, allegato da controparte, alla base della tutela reale di cui all'art. 18, L. 300/1970.

4. Nel merito, il ricorso è fondato.

Al riguardo, occorre anzitutto chiarire se l'erede è legittimato a chiedere l'indennità sostitutiva della reintegrazione per l'illegittimità del licenziamento del *de cuius*.

Al quesito deve darsi risposta affermativa.

A tale scopo è stato invero oggetto di dibattito tra le parti se, a seguito della riforma dell'art. 18 St. Lav. attuata con L. 92/2012, l'opzione concessa al lavoratore tra la reintegrazione e l'indennità sostitutiva costituisca l'oggetto di una obbligazione *alternativa* o di un'obbligazione *facoltativa*.

Il dato è rilevante in quanto solo la qualificazione come obbligazione *alternativa*, in caso di impossibilità di una delle due prestazioni (anche in caso di morte del lavoratore), consente che l'altra sopravviva e che l'obbligazione da complessa diventi *semplice* (anche a favore degli eredi: art. 1288 cc). Diversamente, l'impossibilità della prestazione principale estingue l'obbligazione *facoltativa* in quanto l'altra prestazione ha carattere meramente *sussidiario* e, anche se ancora possibile, non rientra nell'oggetto dell'obbligazione ma ne costituisce soltanto una *facultas solutionis*, con effetto estintivo conseguente soltanto all'esecuzione dell'atto solutorio.

4.1. Come noto, nel vigore della previgente formulazione la giurisprudenza aveva ritenuto che, nel rapporto tra reintegrazione e corresponsione dell'indennità sostitutiva, l'obbligazione di cui all'art. 18 St. Lav. fosse *facoltativa*.

E ciò perché: già secondo Corte Cost. 81/1992, "Anziché la prestazione dovuta in via principale, cioè la reintegrazione nel posto di lavoro, il creditore ha facoltà di pretendere una prestazione diversa di natura pecuniaria, che è dovuta solo in quanto dichiararsi di preferirla, e il cui adempimento produce, insieme con l'estinzione dell'obbligazione di reintegrare il lavoratore nel posto, la cessazione del rapporto di lavoro per sopravvenuta mancanza dello scopo. Il rapporto non cessa per effetto della dichiarazione di scelta del lavoratore, come si dovrebbe pensare se essa avesse la valenza di dichiarazione di recesso, bensì solo al momento e per effetto del pagamento dell'indennità sostitutiva"; peraltro, secondo la giurisprudenza di legittimità (*ex multis*, Cass. 12514/2003), "La richiesta del lavoratore illegittimamente licenziato di ottenere, in luogo della reintegrazione nel posto di lavoro, l'indennità prevista dall'art. 18, comma 5, legge n. 300 del 1970, costituisce esercizio di un diritto derivante dall'illegittimità del licenziamento, riconosciuto al lavoratore secondo lo schema dell'obbligazione con facoltà alternativa "ex parte creditoris"; pertanto, l'obbligo di reintegrazione nel posto di lavoro facente carico al datore di lavoro si estingue soltanto con il pagamento della indennità sostitutiva della reintegrazione, per la quale abbia optato il lavoratore, non già con la semplice dichiarazione da questi resa di scegliere detta indennità in luogo della reintegrazione e, conseguentemente, il risarcimento del danno, il cui diritto è dalla legge fatto salvo anche nel caso di opzione per la succitata indennità, va commisurato alle retribuzioni che sa-

rebbero maturate fino al giorno del pagamento dell'indennità sostitutiva e non fino alla data in cui il lavoratore ha operato la scelta".

In passato, dunque, da tali pronunce non poteva che discendere l'infondatezza della domanda svolta dagli eredi del lavoratore, finalizzata ad ottenere il pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegrazione, sul presupposto della illegittimità del licenziamento del *de cuius*: per ripetere le parole di Cass. 14426/2000, infatti, "L'obbligazione del datore di lavoro all'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione di cui all'art. 18, comma 5, l. n. 300 del 1970 si qualifica come obbligazione con facoltà alternativa, oggetto della quale è la reintegra nel posto di lavoro, la cui attualità è presupposto necessario della facoltà di scelta del lavoratore; ne consegue che in tutti i casi in cui l'obbligazione reintegratoria sia divenuta impossibile per causa non imputabile al datore di lavoro [come, appunto, per morte del lavoratore] non è dovuta neanche l'indennità sostitutiva".

4.2. A tali conclusioni si era giunti nel vigore della previgente formulazione della norma.

A diversa conclusione si deve però ora giungere all'esito della modifica all'art. 18 St. Lav. per effetto della L. 92/2012.

In base alla riforma, infatti:

"Fermo restando il diritto al risarcimento del danno come previsto al secondo comma, al lavoratore è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro [...]" (art. 18 co. 3);

"A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro ai sensi del terzo comma" (art. 18 co. 4 ult. periodo).

Dalla formulazione letterale delle disposizioni riportate si ricava, dunque, che l'estinzione del rapporto di lavoro non si riconnette più, come in passato, all'esecuzione della prestazione, secondo lo schema tipico delle obbligazioni facoltative; ormai l'effetto estintivo discende dalla stessa "richiesta" dell'indennità sostitutiva da parte del lavoratore, la quale assurge a dichiarazione di scelta, con effetto di concentrazione del comportamento dovuto in un'unica prestazione, secondo lo schema tipico delle obbligazioni alternative. Peraltro, che la qualificazione dell'opzione per l'indennità sostitutiva quale obbligazione alternativa, rispetto alla reintegra, presupponga un effetto estintivo già conseguente alla "richiesta" della indennità sostitutiva, come ora voluto dal nuovo testo dell'art. 18 St. Lav., già in passato era stato sottolineato dalla pur minoritaria giurisprudenza, secondo cui era da intendersi come obbligazione alternativa anche la scelta posta dalla previgente formulazione della disposizione citata (in questo senso, per tutte, Cass. 3775/2009).

È appena il caso di aggiungere che, in effetti, il porre sullo stesso piano la reintegrazione e l'indennità economica sostitutiva, secondo una logica di omogeneità che caratterizza le prestazioni quando esse siano entrambe oggetto di obbligazione alternativa, risponde oggi maggiormente alle finalità ispiratrici della riforma di cui alla L. 92/2012, in una logica di favore per la monetizzazione del rapporto.

In sostanza, argomenti di ordine sia letterale che sistematico inducono oggi alla qualificazione di quella esaminata nel senso di un'obbligazione alternativa in luogo di un'obbligazione facoltativa.

5. Ciò ha rilevanti implicazioni già in termini generali.

Secondo il diritto comune, infatti, la concentrazione dell'obbligazione alternativa in un'unica obbligazione semplice si può produrre sia per effetto della dichiarazione di scelta che per ef-

fetto dell'impossibilità (sia originaria che sopravvenuta) di una delle due prestazioni omogenee, poste sullo stesso piano (art. 1288 cc).

Inoltre, il potere di scelta in capo al creditore ben può essere oggetto di cessione *inter vivos* (come accessorio del credito ex art. 1263 cc, unitamente all'obbligazione principale). Ma del potere di scelta non è esclusa neppure la trasmissibilità *mortis causa* (come si desume dall'art. 666 cc il quale, nell'ipotesi particolare di obbligazione alternativa ivi disciplinata, dispone espressamente: "Tanto nel legato di genere quanto in quello alternativo, se l'onere o il legatario a cui compete la scelta non ha potuto farla, la facoltà di scegliere si trasmette al suo erede"). Senonché, nel caso di morte del lavoratore, occorre tenere conto del fatto che la reintegrazione nel posto di lavoro diviene impossibile per l'infungibilità della prestazione lavorativa. In tal caso, dunque, rispetto all'obbligazione alternativa - che discende dall'illegittimità del licenziamento e che, pur a seguito di pronuncia giudiziale, proprio al momento dell'atto di recesso viene a configurarsi -, la morte del lavoratore costituisce un evento *sopravvenuto*, tale da rendere impossibile una delle due prestazioni alternative. Per effetto della morte del lavoratore, l'originaria obbligazione alternativa diviene dunque semplice e si concentra nell'obbligo, in capo al datore di lavoro, di corrispondere l'indennità sostitutiva della reintegrazione, posta dal nuovo art. 18 St. Lav. in posizione paritetica rispetto alla più tradizionale tutela reale.

È tale indennità sostitutiva che, a questo punto, ben può trasmettersi agli eredi del lavoratore (essendo commisurata sulla retribuzione globale di fatto e non rientrando tra le prestazioni strettamente personali, incedibili a terzi *inter vivos* o tali da estinguersi per effetto della morte del titolare del diritto).

6. Da quanto finora scritto, occorre quindi trarre le dovute conseguenze rispetto al caso di specie.

Sotto il profilo della legittimazione, difatti, nel caso in esame la morte di L. Piero Luigi non ha impedito a I. Mariana, quale vedova ed erede di L. Piero Luigi, anche in rappresentanza della figlia minore L. Sabrina, altra coerede, di chiedere l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento e il pagamento dell'indennità sostitutiva ex art. 18 St. Lav., unica prestazione rimasta possibile delle due costituenti l'oggetto della descritta obbligazione alternativa.

7. In concreto, l'impugnativa del licenziamento è stata peraltro tempestiva da parte di I. Mariana, sia in proprio che quale rappresentante della minore L. Sabrina.

Il licenziamento, infatti, risale al 4.1.2013, mentre il ricorso risulta inoltrato per la notifica sin dal 5.3.2013 (nei sessanta giorni successivi), sulla base dell'avviso di ricevimento prodotto agli atti (in quanto, secondo Cass. sez. un. 8830/2010, "L'impugnazione del licenziamento ai sensi dell'art. 6 l. n. 604 del 1996, formulata mediante dichiarazione spedita al datore di lavoro con missiva raccomandata a mezzo del servizio postale, deve intendersi tempestivamente effettuata allorché la spedizione avvenga entro sessanta giorni dalla comunicazione del licenziamento o dei relativi motivi, anche se la dichiarazione medesima sia ricevuta dal datore di lavoro oltre il termine menzionato, atteso che l'effetto d'impedimento della decadenza si collega, di regola, al compimento, da parte del soggetto onerato, dell'attività necessaria ad avviare il procedimento di comunicazione demandato ad un servizio sottratto alla sua ingerenza").

8. Sul contenuto del ricorso, deve osservarsi che l'impugnativa di licenziamento merita accoglimento.

In effetti, non si è verificato in questo caso il superamento del periodo di comporta, posto alla base dell'atto di recesso, in quanto, ai sensi dell'art. 7 CCNL di categoria, nel computo non devono

rientrarvi le malattie particolarmente gravi, come il tumore di cui è risultato affetto il L. (doc. 6, fasc. ricorrente).

Le assenze che tale malattia ha determinato si sono invero verificate entro l'arco temporale di 24 mesi, secondo quanto prescritto dal richiamato CCNL, come si desume dal fatto che il lavoratore è stato assunto nel settembre 2011 ed è stato licenziato nel gennaio 2013, meno di 24 mesi più tardi.

Né la società convenuta può ora fondatamente dolersi di non aver ricevuto comunicazione del tipo di patologia di cui era affetto il L., il quale avrebbe reso noti soltanto i certificati a giustificazione del periodo di assenza, tanto da far sospettare un'eccessiva morbosità del lavoratore.

In senso opposto, in realtà, deve osservarsi che, secondo buona fede, il datore di lavoro ben avrebbe potuto informarsi presso il lavoratore o i familiari o, nei casi più dubbi, persino sollecitare l'accertamento dell'effettività della malattia del lavoratore mediante medici iscritti presso le liste speciali INPS, secondo il disposto dell'art. 5 co. 12, D. L. 463/1983, conv. con L. 638/1983. Ma non risulta agli atti, e neppure è dedotto, che a seguito dell'esercizio di tale prerogativa, la società convenuta abbia mai riscontrato comportamenti illegittimi o fraudolenti del lavoratore.

Il licenziamento va pertanto annullato.

9. (... Omissis...)

P.Q.M.

Condanna la B. S.r.l. a corrispondere a I. Mariana, quale vedova ed erede di L. Piero Luigi, anche in rappresentanza della figlia minore L. Sabrina, altra coerede, l'indennità sostitutiva della reintegrazione, corrispondente a 15 mensilità della retribuzione globale di fatto (pari ad € 1.790,10 mensili, al lordo delle ritenute di legge), oltre rivalutazione monetaria e interessi legali dalla data del licenziamento (il 4.1.2013) al saldo;

Condanna la B. S.r.l. a rifondere a I. Mariana, quale vedova ed erede di L. Piero Luigi, anche in rappresentanza della figlia minore L. Sabrina, altra coerede, le spese del procedimento.

(1) Si estende la tutela contro il licenziamento illegittimo.

La gamma dei rimedi offerti dal sistema a chi voglia reagire contro un licenziamento illegittimo è in lenta ma costante espansione, ed anche questa sentenza ne è una conferma. Per meglio intenderne la portata mi sembra quindi opportuno dedicare almeno qualche rapido cenno ai vari stadi attraverso cui la relativa disciplina si è venuta sviluppando sino ad oggi.

Già la disposizione ivi citata con maggior frequenza, l'art. 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300, comunemente nota come Statuto dei lavoratori, s'innestava sulla normativa del 1966, con cui il legislatore italiano aveva compiuto il primo, timido tentativo di limitare il potere di recesso del datore di lavoro. Essa infatti, per la parte che qui interessa, nella sua stesura originaria disponeva: " 1.- Ferma restando l'esperibilità delle procedure previste dall'art. 7 della legge 15 luglio 1966 n. 604, il giudice, con la sentenza con cui dichiara inefficace il licenziamento ai sensi dell'art. 2 della legge predetta o annulla il licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo ovvero ne dichiara la nullità a norma della legge stessa, ordina al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro. 2.- Il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno subito per il licenziamento di cui sia stata accertata l'inefficacia o l'invalidità a norma del comma precedente. In ogni caso, la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione ecc." A carico del datore di lavoro venivano poste quindi due obbli-

gazioni ben distinte: una di *facere*, l'altra di *dare*. E di quest'ultima era espressamente dichiarato in carattere risarcitorio, pur se alla liquidazione del danno si provvedeva in via presuntiva.

Un altro passo avanti è stato compiuto con l'art. 1 della legge 11 maggio 1990 n. 108, che ha così stabilito: "Fermo restando il diritto al risarcimento del danno... al prestatore di lavoro è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro una indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto. Qualora il lavoratore entro trenta giorni dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro non abbia ripreso servizio, né abbia richiesto entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza il pagamento dell'indennità di cui al presente comma, il rapporto di lavoro s'intende risolto allo spirare dei termini predetti."

La *ratio* di questa aggiunta è evidente. La *restitutio in integrum* poteva risolversi per il lavoratore in una vittoria di Pirro, qualora avesse significato il ritorno in un ambiente in cui il datore di lavoro lo invitava *oborto collo* solo perché una sentenza glielo imponeva, e dove erano ancora ben vivi tutti i rancori e le tensioni scaturiti dal processo appena concluso. Si è voluto quindi offrirgli la possibilità di rifiutarla, affrontando, magari, perfino l'alea della ricerca di un nuovo impiego, senza per questo dover sostenere un sacrificio economico troppo gravoso. Personalmente, sarei quindi propenso a riconoscere in tale indennità quel carattere previdenziale che è proprio delle attribuzioni patrimoniali con cui si voglia aiutare una persona a fronteggiare una situazione di bisogno, anche solo presunto. Una conferma, quantomeno indiretta, se ne potrebbe ravvisare nel fatto che, come risulta *per tabulas*, il danno viene ancora e sempre risarcito a parte.

Arriviamo così alla sentenza (1), ricordata anche dal giudice di Tortona, con cui la Corte costituzionale non solo ha dichiarato privi di fondamento i dubbi di legittimità che erano stati sollevati contro l'allora nuovo testo dell'art. 18, ma ha fornito altresì un contributo, che si sarebbe rivelato decisivo, alla sua elaborazione concettuale. In virtù di esso - leggiamo infatti - " anziché la prestazione dovuta in via principale, cioè la reintegrazione nel posto di lavoro, il creditore ha facoltà di pretendere una prestazione diversa di natura pecuniaria, che è dovuta solo in quanto dichiarati di preferirla, e il cui adempimento produce, insieme con l'estinzione dell'obbligazione di reintegrare il lavoratore nel posto, la cessazione del rapporto per sopravvenuta mancanza dello scopo". Lo schema così delineato corrisponde puntualmente a quello dell'obbligazione facoltativa (2), che ancor oggi i manuali definiscono avvalendosi del brocardo *una res in obligatione, duae autem in facultate solutionis*. La scelta fra la prestazione dovuta e quella facoltativa costituisce esercizio di un diritto potestativo, al quale corrisponde, nella controparte, un mero stato di soggezione. Di regola essa compete al debitore, come nell'esempio, comunemente addotto, dell'art. 1556 cod.civ., in tema di contratto estimatorio. La circostanza che, nel nostro caso, sia stata attribuita invece al lavoratore-creditore significa che si è voluto rafforzare ulteriormente la sua posizione, così com'è stato fatto, del resto, anche per il danneggiato con l'art. 2058 cod. civ., derogando, in entrambi i casi, il principio del *favor debitoris*.

La figura dell'obbligazione facoltativa richiama, per contrasto, quella dell'obbligazione alternativa, la cui definizione è espressa dal brocardo *duae res in obligatione, una autem in solutione*. Qui la differenza interessa sotto il profilo dell'impossibilità sopravvenuta. Nell'obbligazione alternativa, in cui entrambe le prestazioni sono ugualmente dovute, fin dalla costituzione del rapporto, se una di esse diviene impossibile per causa non imputabile né all'una né all'altra parte, l'obbligazione non si estingue, ma degrada ad obbligazione semplice, concentrando il suo oggetto sull'altra prestazione, ancora possibile.

Viceversa, nell'obbligazione facoltativa, che al novero di quelle semplici appartiene già *ab origine*, perché, come appena detto, in essa una sola è la prestazione dovuta, l'impossibilità di questa produce l'estinzione del rapporto, travolgendo anche la facoltà di scegliere una prestazione diversa, a meno che questa non sia stata già esercitata. (3).

Per quanto più direttamente concerne il nostro tema, basterà un solo esempio, che purtroppo, in tempi di crisi economica, trova frequente riscontro nella pratica: se la reintegrazione del dipendente nel posto di lavoro non può aver luogo, perché nel frattempo l'impresa ha chiuso i battenti, questi non potrà esigere nemmeno l'indennità sostitutiva.

Alle linee guida tracciate dalla Corte costituzionale sia la Cassazione sia i giudici di merito si sono attenuti, tranne qualche rarissima eccezione (4), per vent'anni. Adesso però bisogna fare i conti con un'altra modifica del dato normativo di base: quella che all'art. 18 ha apportato la legge 28 giugno 2012 n. 92, subito ribattezzata "legge Fornero". (5) Si può ritenere che essa abbia compiuto la metamorfosi, trasformando in obbligazione alternativa quella che in precedenza era soltanto un'obbligazione facoltativa? Il giudice di Tortona se ne dimostra fermamente convinto. Nella specie, infatti, il lavoratore, già gravemente malato, era deceduto solo pochi giorni dopo che gli era stato comunicato il licenziamento, di cui il processo avrebbe accertato l'illegittimità, per un errore, in cui il datore di lavoro era incorso, nel computo del periodo di comporto. E siccome neppure la Fornero può imporre la reintegrazione di un morto, secondo lo schema argomentativi tradizionale, divenuta impossibile l'unica prestazione *in obligatione*, si sarebbe dovuta dichiarare anche l'insussistenza del diritto all'indennità sostitutiva. Il magistrato, invece, ha ritenuto che questa permanga, assegnando la relativa somma agli eredi. Il che, osservo tra parentesi, sembrerebbe confermarne ulteriormente la funzione previdenziale, ai cui fini si tiene conto non solo del lavoratore, ma pure del suo nucleo familiare: sotto questo profilo sarebbe assai suggestivo un confronto con quanto dispone l'art. 2122 cod.civ.

È tempo di concludere; ma come? L'opera degli esegeti sulla nuova normativa è appena cominciata, e stenta a farsi strada nella congerie di volumi composti frettolosamente per ragioni di cassetta, che purtroppo affollano le vetrine delle librerie giuridiche.. Perciò, a mio sommo avviso, bisognerà attendere (e riflettere!) ancora a lungo, prima di essere in grado di risolvere in modo soddisfacente tutti i problemi che essa pone. Un motivo di più per fare intanto conoscere la sentenza, oggetto di questo breve commento (anch'esso, ahimè, piuttosto affrettato, per ovvie ragioni), con la sua motivazione ampia e ben documentata, che giunge - questo almeno si può già dire con sicurezza - a conclusioni in sintonia col senso dell'equità.

Antonio Fontana
Professore emerito dell'Università di Genova

Note:

(1) Del 4 marzo 1992 n. 81 (dovuta alla penna esperta di Luigi Mengoni), in *Foro it.*, 1992, I, 2044, con Nota di D'Antona, *Licenziamento illegittimo e indennità sostitutiva della reintegrazione: la Corte costituzionale gioca d'anticipo*. I giudici della Consulta avrebbero quindi ribadito la loro presa di posizione in una serie di ordinanze; ricordo, senza pretese di completezza, quelle del 2 aprile 1992 n. 160, in *Giur. cost.*, 1992, 1244; del 9 novembre 1992 n. 426, *ibidem*, 3978; del 22 luglio 1996 n. 291, *ibidem*, 1996, 2453, anch'esse redatte dal Mengoni. In precedenza, nello stesso senso si erano già espresse alcune autorevoli voci della dottrina: cfr., in particolare, Foglia, *L' "opzione" economica del lavoratore reintegrato*, in *Dir.lav.*, 1991, I, 14 ss.

(2) Con maggiore proprietà si dovrebbe parlare di "obbligazione con facoltà alternativa" (così, infatti, per tutti, Bianca, *Diritto civile. IV. L'obbligazione*, Mi-

lano, 1990, 139 ss.). Preferisco tuttavia la formula "obbligazione facoltativa" perché mi sembra esprimere in modo più efficace la differenza rispetto all'obbligazione alternativa, quale prevista dagli artt. 1285 ss. cod.civ. Del resto, essa si ritrova non solo nella sentenza del giudice di Tortona che qui annoto, ma anche in opere di carattere scientifico: cfr. ad es., Smiroldo, *Obbligazione alternativa e facoltativa*, in *Nss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 623 ss. (3) Ciò spiega l'uso, invalso nella pratica, di chiedere anche l'indennità sostitutiva già con l'atto d'impugnazione del licenziamento, di cui si assume l'illegittimità.

(4) Il giudice di Tortona ne cita una sola: Cass. 17 febbraio 2009 n. 3775, che può leggersi in *Foro it.*, 2010, I, 185, con ampia nota del Di Carluccio. Cass. 4 novembre 2000 n. 14426 è pubblicata anch'essa in *Foro it.*, 2001, I, 946; Cass. 26 agosto 2003 n. 12514 è reperibile in *Cd-Rom Foro it.*, 1987-2003; la massima anche in *Foro it.*, *Rep. 2003, s.v. lavoro (rapporto di)*, n. 1751.

(5) Il testo è già stato inserito in tutte le edizioni aggiornate del Codice, per cui mi sento dispensato dall'obbligo di trascriverlo qui.

Corte d'Appello di Genova, sez. I, 1 febbraio 2013, n. 148 - Pres. Bonavia - Rel. Silva - Ministero dell'Interno (Avvocatura dello Stato) c. T. (Avv.ti Pagani e Rossi).

RESPONSABILITÀ civile - danno da illegittimo provvedimento di espulsione - condizione di reciprocità - esclusione - inserimento nel sistema informativo Schengen - diritto di libera circolazione nel territorio comunitario - compressione - responsabilità della Pubblica Amministrazione ex art. 2043 c.c. - sussistenza - danni non patrimoniali - liquidazione in via equitativa.

Il diritto di muoversi liberamente all'interno dei singoli Stati e da uno Stato all'altro è fondamentale manifestazione del più generale diritto di libertà riconosciuto da tutte le convenzioni sui diritti umani e suscettibile di essere limitato solo nei casi e nel rispetto delle modalità previsti dalla legge. Esso rientra nella previsione di cui all'art. 2 Cost. ed è sottratto al principio di reciprocità di cui all'art. 16 delle Preleggi.

L'inserimento del decreto di espulsione di uno straniero nella relativa banca dati Schengen non si traduce nel semplice inserimento di un dato anagrafico in un elenco a fini conoscitivi o statistici, ma ha il contenuto e gli effetti della segnalazione di una persona come pericolosa per l'ordine e la sicurezza pubblici, limitandone grandemente la possibilità di esercitare il diritto di muoversi da uno Stato all'altro.

La valutazione di pericolosità di uno straniero ai fini dell'ordine di espulsione e dell'inserimento nella relativa banca-dati Schengen deve essere compiuta dal Prefetto in termini fattuali, tenendo conto della diversa qualificazione dei fatti originari sopravvenuta ad opera del giudice che abbia revocato la misura custodiale.

La Pubblica amministrazione può essere chiamata a rispondere ex art. 2043 c.c. per l'illegittimo ordine di espulsione e il conseguente illegittimo inserimento nella banca-dati Schengen relativa alle persone pericolose per l'ordine e la sicurezza pubblici.

L'elemento soggettivo che configura tale responsabilità è da individuare in base a standard diversi rispetto a quelli riguardanti gli individui, e precisamente in base alla diligenza, al prudente bilanciamento degli interessi in gioco, al dovere di lealtà e imparzialità verso i destinatari del provvedimento illegittimo, l'uso proporzionale della discrezionalità.

(Nella specie, l'attrice, cittadina straniera trovata in Italia al seguito di una compagnia di teatranti di strada, a Genova in occasione del vertice G8, era stata tratta in arresto, indiziata di devastazione e saccheggio. Il Tribunale aveva revocato la misura coercitiva e ordinato la scarcerazione della donna, che era stata ciò nonostante espulsa come persona pericolosa e come tale 'iscritta' nella banca-dati Schengen).

V.CAV.

Ragioni di fatto e di diritto della decisione.

Il Ministero dell'Interno, in persona del Ministro pro tempore, ha proposto appello contro la sentenza n.3514/2009 con cui il Tribunale di Genova aveva accertata la responsabilità ex art.2043 c.c. dell'Amministrazione appellante (e convenuta nel giudizio di primo grado), per l'illegittimo decreto di espulsione emesso in data 25 luglio 2001 dal Prefetto di Genova nei confronti della cittadina statunitense Thomas, decreto dichiarato illegittimo dallo stesso Tribunale di Genova con sentenza 16/5/2005, condannando il Ministero dell'Interno al risarcimento del danno liquidato in via equitativa nella somma di euro 9000,00.

La difesa del Ministero lamenta:

- I) il mancato assolvimento all'onere della prova in relazione al principio di reciprocità;
- II) la mancata prova di una effettiva e concreta violazione della libertà di circolazione dell'attrice in conseguenza del decreto di espulsione e del suo inserimento nella 'banca dati Schengen';
- III) l'essersi impropriamente riferita la sentenza, oltre che alla violazione del diritto di cui all'art.16 Cost., la sola lamentata dalla Thomas, anche alla non lamentata violazione dei diritti di cui agli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione;
- IV) l'erronea applicazione da parte della sentenza dei principi che regolano la configurabilità della responsabilità extracontrattuale della Pubblica Amministrazione;
- V) la mancata prova del danno che solo poteva giustificare il ricorso da parte del giudice a una valutazione equitativa dello stesso.

Thomas si è costituita, contestando le doglianze formulate dall'appellante, con riferimento ai punti nn. 1, 2, 3, 4 e 5 di cui sopra e concludendo per la reiezione dell'appello e la conferma della sentenza impugnata. Precisate le conclusioni all'udienza del 17/10/2012, e trattata la causa in decisione in data 8/1/2013, esaminati gli atti della causa e le difese rispettivamente svolte, questa Corte

Osserva

Sub) I - La difesa del Ministero insiste e argomenta diffusamente sulla questione del principio di reciprocità, questione definita - in termini 'tombali' - dai giudici della Suprema Corte, anche da ultimo, con la sentenza 11/1/2011 n.450 sez.III. Premessa la diversa collocazione dell'articolo 2 Cost. e dell'art.16 Preleggi nella gerarchia delle fonti, non è possibile condividere la lettura a dir poco 'riduttiva' che l'avvocatura dà dell'articolo 2, individuando i diritti 'inviolabili' da esso tutelati solo in quelli esplicitamente menzionati nella stessa parte prima della Costituzione agli artt. 13,14,15,19, 21, 24 e 27. Da questo originale catalogo, secondo l'Avvocatura, resterebbero esclusi, per non essere menzionati nella nostra Costituzione tra i 'diritti inviolabili', l'art.16 (diritto del cittadino di circolare, uscire dal territorio dello Stato e rientrarvi) e l'art.32 (diritto alla salute e alla sua tutela). Questi ultimi sarebbero dunque 'violabili' e come tali soggetti al principio di reciprocità.

In proposito, questa Corte ritiene sia appena il caso di ricordare che il 'catalogo' dei diritti inviolabili dev'essere comunque integrato - attraverso il richiamo di cui all'art.117 Cost. - dalle convenzioni internazionali sui diritti umani: in particolare dai diritti enunciati nella D.U.D.U. (artt.3,12, 13), nella C.E.D.U. (art.5) e nella Carta di Nizza (artt. 3 e 6).

In particolare, con riferimento al diritto di muoversi liberamente all'interno dei singoli Stati e da uno Stato all'altro, si tratta di una fondamentale manifestazione del più generale diritto di libertà, riconosciuto da tutte le convenzioni sui diritti umani, suscettibile di venire limitato solo nei casi e nel rispetto delle modalità previste dalla legge. Sostenere che quel diritto non è annoverabile

tra i diritti inviolabili e - quindi - soggetto al principio di reciprocità appare quanto meno azzardato. Non ci si può dire liberi se viene inibita o grandemente limitata la possibilità di circolare all'interno di un Paese o attraverso Paesi diversi.

Analogamente può dirsi per il diritto alla salute di cui all'art.32, il quale peraltro definisce la salute come 'diritto fondamentale dell'individuo'.

A meno di non volere introdurre una improbabile distinzione tra diritti 'inviolabili' e diritti 'fondamentali' ma non inviolabili, sembra dunque indiscutibile che anche l'art.32 possa farsi rientrare senza difficoltà nella tutela dell'art.2 e quindi venire sottratto al principio di reciprocità di cui all'art.16 delle Preleggi.

Sub) II - Occorre precisare che il contenuto e il senso dell'inserimento del decreto di espulsione nella banca-dati Schengen non si risolve, come sembra ritenere l'Avvocatura, nel semplice inserimento di un dato anagrafico in un elenco, o banca-dati a fini conoscitivi e statistici. L'inserimento ha il contenuto e gli effetti della segnalazione di una persona come pericolosa per l'ordine e la sicurezza pubblici. È proprio quella segnalazione a determinare una condizione personale che rende il soggetto interessato di fatto escluso o grandemente limitato nella sua libertà di movimento, limitazione ingiusta se posta in essere in assenza di un valido e legittimo provvedimento delle autorità competenti. Il fatto che la probabile assenza di controlli alla frontiera dei paesi Schengen potesse consentire all'interessata di muoversi comunque, ma da irregolare soggetta a espulsione immediata, da un paese all'altro, non può tradursi, in questa sede, nell'obbligo di dimostrare di essersi effettivamente presentata alle autorità di frontiera e di esserne stata, come prevedibile, respinta in quanto 'pericolosa' per la sicurezza e l'incolumità delle persone. In particolare, la Thomas sarebbe potuta rientrare in Italia evitando i controlli alle frontiere, ma esponendosi in questo modo a essere nuovamente tratta in arresto e incriminata. È questa situazione - tutt'altro che potenziale e astratta - ad avere costituito la limitazione alla libertà di movimento della quale l'attrice ha fornito prova più che sufficiente.

Ciò premesso, occorre ribadire che la limitazione della libertà patita dalla Thomas non era in alcun modo giustificata da ragioni di sicurezza e tutela dell'ordine pubblico (nel che sostanziosamente il giudizio di pericolosità espresso dal Prefetto di Genova).

Secondo l'impostazione data alla fattispecie dalla Suprema Corte nella decisione del 16 giugno 2004 - la ricostruzione e la valutazione dei sintomi di pericolosità andavano infatti condotte 'ab extrinseco', in termini fattuali e non probabilistici. Ciò significa che quella valutazione deve sempre essere effettuata tenendo conto, se non di eventuali fatti sopravvenuti rispetto al momento dell'adozione della misura dell'arresto, certamente della diversa e sopravvenuta qualificazione giuridica dei fatti originari. In questo senso la Cassazione ha esattamente affermato che " ... se, come nella specie, il giudice del merito ha condiviso la valutazione prognostica del Prefetto assunta al momento dell'espulsione sulla base di un fermo convalidato e seguito dalla misura custodiale per l'ipotesi della commissione dei menzionati reati, non può poi (quello stesso giudice, n.d.e.) dichiarare la propria indifferenza al fatto che la misura custodiale sia stata revocata il 14 agosto e men che meno può omettere di accertare la ragione di tale revoca, in tal guisa restringendo arbitrariamente l'ampiezza dell'attualità al giorno stesso della valutazione prefezzia e confondendo tra controllo ab extrinseco e controllo formale, il primo imposto dalla giusta esigenza di valutare i soli fatti dal prefetto esaminati, ma il secondo escluso dalla natura stessa della giurisdizione ordinaria, che ha ad oggetto non l'atto ma i diritti soggettivi che esso comprime e le condizioni per la sua legittima compressione".

Detto più semplicemente, il giudice del merito - investito del compito di contemperare esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica con il rispetto dei diritti soggettivi (e nella specie 'inviolabili') della persona coinvolta nella misura - non può escludere dalla propria prospettiva, ritenendolo indifferente, il fatto che la posizione della persona stessa 'può essere oggi suscettibile di diversa valutazione'.

Nella specie, sappiamo che la Thomas venne arrestata il 22 luglio in occasione del vertice G8 tenutosi a Genova dal 14 allo stesso 22 di luglio del 2001, trovandosi insieme ai componenti di un gruppo teatrale denominato 'Publixtheater', cui essa si era aggregata avendo vinto una borsa di studio sul teatro di strada e la 'cultura' della protesta urbana. La donna non faceva quindi 'parte organica' del gruppo teatrale intercettato dai Carabinieri di Genova mentre, presumibilmente, si allontanava dalla città. Precisa al riguardo la sentenza impugnata che - mentre a bordo di altri veicoli del gruppo erano stati rinvenuti capi di abbigliamento nero (simili a quelli che avevano caratterizzato i cosiddetti 'black block', distintisi nelle devastazioni genovesi), maschere antigas, passamontagna, imbottiture di gommapiuma, caschi protettivi, ricetrasmittenti, mappe topografiche, mazze e coltelli (tutti oggetti estranei, in principio, allo svolgimento di un'attività teatrale di tipo tradizionale) - sull'auto in cui viaggiava la Thomas erano stati sequestrati soltanto due coltellini 'svizzeri', non meglio precisati indumenti di colore nero e due camere d'aria sgonfie: oggetti non tali da far supporre l'intenzione specifica di mettere in pericolo la sicurezza e l'ordine pubblico. Arrestata assieme ai suoi compagni di viaggio la donna era stata condotta al carcere di Voghera, anch'essa indiziata di devastazione e saccheggio nel centro abitato di Genova nel corso del G8 appena conclusosi.

Con ordinanza 14 agosto 2001 il GIP del Tribunale genovese aveva revocato la misura coercitiva ordinando la scarcerazione della Thomas. Il GIP rilevava in particolare che la donna "...non faceva parte in modo organico del gruppo di persone con le quali stava viaggiando" e che "i significati indiziati del materiale rinvenuto sugli autoveicoli su cui viaggiavano i fermati e dello stesso contesto in cui il fermo è stato operato appaiono pertanto, riguardo alla Thomas, di lettura più incerta e sicuramente meno univoca, con conseguente esclusione degli attributi di gravità richiesti dall'art.273 c.p.p.". Anche i suoi compagni teatranti erano stati scarcerati, il giorno stesso o successivamente. All'uscita dal carcere, tuttavia, veniva notificato alla Thomas il decreto di espulsione emesso dal Prefetto di Genova in data 25 luglio 2001 (tre giorni dopo l'arresto e quando la Thomas si trovava ancora detenuta). La donna era stata di conseguenza accompagnata alla frontiera ed espulsa immediatamente. Il giudizio di pericolosità era motivato sulla sola base del fermo (non convalidato) come indiziata di reato 'perché ritenuta facente parte dei consistenti gruppi di manifestanti che durante il vertice G8 si abbandonavano ad atti di devastazione e saccheggio, circostanza che, come si è visto, era stata ritenuta dal GIP non sufficientemente provata in fatto.

Il decreto di espulsione, impugnato come illegittimo, era stato tuttavia confermato dal giudice monocratico del Tribunale di Genova, che aveva comunque ridotto da 5 a 3 anni il divieto di ingresso nel territorio dello Stato. Il giudice aveva fondato la propria decisione sulla circostanza che per l'adozione e la conseguente legittimità del provvedimento (nella sostanza una vera e propria misura di prevenzione) era sufficiente la mera 'apparenza' allo stato dei presupposti di fatto e diritto, con riferimento al momento della sua adozione, a nulla rilevando l'eventuale successivo venir meno di quell'apparenza, costituita nella specie non da 'comportamenti' positivi della Thomas, ma dal suo mero essersi trovata a viaggiare in auto insieme a persone a loro volta non

accusate di specifici comportamenti ma raggiunte da sospetti che la grave situazione verificatasi in Genova in occasione del G8 giustificava. Il decreto veniva come è noto impugnato avanti la Corte di Cassazione, che accoglieva il ricorso nei termini sopra riassunti, rinviando al Tribunale di Genova. Adito in sede di rinvio, il Tribunale genovese aveva finalmente dichiarato l'illegittimità del decreto di espulsione, facendo proprio il principio di diritto affermato dalla Corte di Cassazione e statuendo che - ai fini della presunzione di pericolosità - non è sufficiente l'esistenza di un fermo di polizia del quale sia successivamente intervenuta la revoca da parte del GIP. La ricostruzione della vicenda processuale consente quindi di affermare che non solo la Thomas ha pienamente adempiuto all'onere della prova dei fatti che hanno determinato i danni e della relazione causale tra i primi e i secondi, ma che vi è in atti la piena prova del carattere ingiusto di quei danni, richiesta dall'art.2043 c.c.

Sub) III - La posizione dell'Avvocatura può così sintetizzarsi: l'attrice lamenterebbe (nella citazione e nella comparsa conclusionale) la 'lesione potenziale di un solo diritto', quello concernente la libertà di movimento (in relazione all'art.2 della Costituzione). Da ciò l'Avvocatura deriva due conseguenze: in primo luogo, sarebbe irrilevante la violazione di ogni altro diritto non esplicitata dalla Thomas; in secondo luogo, con riferimento alla violazione di cui all'articolo 2 Cost., la Thomas si sarebbe decisa a farla valere 'in un momento cronologicamente successivo' all'adozione del provvedimento di espulsione.

In ordine a quest'ultimo 'argomento' si può osservare che la facoltà di far valere in giudizio la violazione di un diritto fondamentale non è soggetta a termini di decadenza o prescrizione di sorta. Nel caso in esame, poi, risulta 'per tabulas' che la Thomas ha dovuto attendere la sentenza della Corte di Cassazione e il successivo decreto del maggio 2005, emesso dal giudice monocratico di Genova, per ottenere il riconoscimento dell'illegittimità del provvedimento di espulsione, ostinatamente e - si deve dire - ingiustamente negata dal Ministero dell'Interno. Non è un caso che l'atto di citazione (del settembre 2005) si collochi immediatamente a ridosso del decreto genovese.

Del primo argomento questa Corte deve confessare di non cogliere il senso. Descritti i fatti, la Thomas ha indicato le 'voci' di danno che secondo la sua prospettiva ne sarebbero scaturite: limitazione della libertà di movimento (e in particolare impossibilità di portare a termine l'attività per cui le era stata assegnata la borsa di studio), danno all'immagine in Italia e in patria, danno alla salute e alla vita di relazione. Non competeva all'attrice - ovviamente - la qualificazione di tali 'voci' sotto i vari profili costituzionali.

Sub) IV - La Corte osserva che l'elemento soggettivo di cui all'art.2043 c.c., vuoi sotto il profilo del dolo che sotto quello della colpa, deve configurarsi necessariamente in termini diversi da quelli - che richiedono una approfondita indagine di natura psicologica sulle intenzioni e le motivazioni del soggetto - riguardanti gli individui. La 'colpa' o il 'dolo' riferibili a una entità giuridica non individuale (pubblica in particolare) richiedono di essere individuati e misurati in base a standard diversi: la diligenza, il prudente bilanciamento degli interessi in gioco, la lealtà verso i destinatari del provvedimento, l'uso misurato della discrezionalità. Questi criteri generali diventano particolarmente stringenti nel caso in cui la P.A. sia chiamata a esercitare un potere che presenta ampi spazi di discrezionalità (solo in una fase successiva sottoposti all'eventuale controllo giurisdizionale), soprattutto quando tale discrezionalità possa o debba incidere su beni primari dell'individuo quali la libertà personale, la dignità,

il rispetto dell'immagine e della salute sia fisica che mentale.

Nel caso in esame la responsabilità della P.A. nella persona dei suoi agenti risulta fondata non - come sostenuto dall'Avvocatura - su una mera valutazione 'ex post' dei fatti e delle circostanze, ma su elementi che sin da principio potevano e dovevano essere tenuti presenti dall'autorità procedente. Se non si discute - evidentemente - della piena legittimità del fermo operato dai Carabinieri, la condotta del Prefetto nell'adottare il provvedimento di espulsione nei confronti della Thomas appare più che discutibile e censurabile - in sede risarcitoria. Colpevole, prima di tutto, è stato l'emettere il provvedimento prima ancora di attendere l'eventuale convalida del fermo da parte del GIP. Colpevole è stato il darvi attuazione nonostante la mancata convalida. Ma, soprattutto, elementi decisivi di colpevolezza si ravvisano nella natura evidentemente 'seriale' del provvedimento, adottato in forma standard nei confronti di soggetti genericamente considerati 'pericolosi' alla stregua di elementi che - seppure non irrilevanti - dovevano suggerire una prudente valutazione di ogni singolo caso, di ogni singola persona coinvolta. La 'pericolosità' della quale si discute non è infatti una pericolosità 'diffusa' o suscettibile di estendersi 'per contatto' o vicinanza. La Thomas non poteva ritenersi pericolosa solo per il fatto di essere stata sorpresa a viaggiare sull'auto facente parte di una 'colonna' di teatranti ne-rovestiti. I due coltellini svizzeri, gli indumenti di color nero e le due camere d'aria sgonfie rinvenuti a bordo della vettura non deponevano certo per una adesione o partecipazione a iniziative criminose dal cui addebito anche i teatranti austriaci sono stati quasi subito liberati. La Thomas, va detto, è stata espulsa grazie a un meccanismo 'seriale' che precludeva per principio ogni indagine anche sommaria - quale è resa possibile dai mezzi di comunicazione e informazione tra organismi di polizia - sulla condotta e sulla personalità della Thomas. Quella stessa banca dati, in cui la Thomas è stata inserita 'di autorità' divenendo ipso facto 'persona pericolosa', poteva essere utilmente consultata per constatare l'assenza del suo nominativo e desumerne elementi di non pericolosità.

Sub) V - L'Avvocatura lamenta la mancata prova del danno derivato dal fatto ingiusto della P.A. e, quindi, la sostanziale arbitrarietà della quantificazione in via equitativa da parte del giudice di primo grado. Senza dover ricorrere alla sbrigativa considerazione che il danno sarebbe 'in re ipsa', la Corte osserva che il Tribunale ha fatto buon governo dei propri poteri 'equitativi', individuando il fatto produttivo del danno nell'inserimento del nominativo della Thomas nella banca-dati Schengen, inserimento che - come già detto - non risponde a mere esigenze statistiche o amministrative ma comporta l'attribuzione a livello comunitario internazionale della 'qualità' di persona pericolosa per l'ordine e la sicurezza pubblici. Va osservato inoltre che non solo il semplice inserimento nella banca dati, ma anche il suo mantenimento negli anni, sino al decreto di annullamento da parte del Tribunale di Genova, va considerato ingiusto e tale da potere essere preso in considerazione nella quantificazione del danno, secondo quanto - correttamente - disposto dal giudice di primo grado nel commisurare la somma dovuta al numero degli anni (tre) in cui la Thomas ha visto ingiustamente compromessa la propria libertà di movimento. L'appello è respinto e la sentenza integralmente confermata. (... *Omissis*...)

P.Q.M.

La Corte d'Appello definitivamente pronunciando sull'appello proposto contro la sentenza del Tribunale di Genova n.3514 del 25/7-3/10/2009 disattesa ogni contraria istanza eccezione o deduzione, conferma la sentenza impugnata.

Tribunale di Genova, 15 novembre 2011 - Giudice Unico Casale - I.F.e M.L in proprio e quali esercenti la potestà su E.F. (Avv.ti Rognoni e Guastamacchia) c. G.O. (Avv. Parodi).

RESPONSABILITÀ civile - evento di danno da violenza sessuale avvenuto in occasione di lezione privata di lingua inglese presso l'abitazione del precettore ex art. 609 bis c.p. aggravato per le condizioni di inferiorità fisica e psichica della persona offesa - la C.T.U. nel danno psichico.

RESPONSABILITÀ civile - aspetti della natura della condanna risarcitoria - funzione punitiva - inammissibilità.

RESPONSABILITÀ civile - liquidazione del danno - criteri adottabili - natura della lesione biologica intesa come danno esteso alla globale personalità del danneggiato - personalizzazione del danno - ammissibilità.

Nell'accertamento della sussistenza del danno di natura psichica occorre fare riferimento, in primo luogo, ai dati oggettivi e alle risultanze probatorie emergenti dalla licenzianda C.T.U. Quando i fatti non siano altrimenti accertabili la C.T.U., di natura percipiente, costituisce fonte diretta di prova. (1)

Non sono risarcibili i danni c.d. "punitivi" poiché la funzione risarcitoria è legata al fine di ripristino della sfera patrimoniale del soggetto leso, prescindendo integralmente da quella del soggetto danneggiante. (2)

L'applicazione dell'art 1226 c.c. per la liquidazione del danno non patrimoniale - criterio di riferimento in assenza di specifica norma - deve garantire l'adeguata considerazione delle circostanze del caso concreto e l'uniformità del giudizio in situazioni analoghe. (3)

Motivi della decisione

La domanda attorea è fondata e merita pertanto accoglimento. 1. Va in primo luogo riaffermata in questa sede la responsabilità del Sig. O. per quanto occorso alla minore E.F. emergendo la stessa, senza ombra di dubbio dagli atti penali prodotti in causa, dalla sentenza penale di condanna, nonché dalla confessione, resa in sede penale dal convenuto medesimo.

(...) Orbene, proprio al fine di rendere l'invocata "giusta decisione" e di evitare che la stessa sia ispirata "dal pensiero di ciò che vorremmo fare se si parlasse di nostra figlia" (per usare le parole della difesa convenuta) occorre fare riferimento, in primo luogo, ai dati oggettivi ed alle probatorie emergenti dalla licenzianda C.T.U. - a carattere sia deducibile che percipiente- e firmata dal Prof. Tullio Bandini.

(...) Il C.T.U. ha dato atto che "al termine delle operazioni peritali, discussi i dati e le conclusioni, i consulenti delle parti non hanno presentato memorie critiche": affermazione che, provenendo da pubblico ufficiale, ha valore di pubblica fede fino a quella di falso.

(...) Non appare condivisibile l'assunto di parte convenuta a mente del quale, a fronte della incontestata necessità che l'indagine psichiatrica circa la sussistenza di una lesione psichica irreversibile debba essere approfondita e fondata su circostanze obiettive - la relazione del C.T.U. nel presente giudizio si sia ridotta "alla miseria di quattro paginette (compresa la anamnesi) prive di qualsivoglia riscontro obiettivo e valutazione scientifica".

È sufficiente, infatti, osservare al riguardo che, oltre ad essere stata sottoposta ad esame obiettivo e colloqui da parte del C.T.U. la minore in data 20-3-2009 è stata anche sottoposta, sempre con il consenso di tutti i consulenti di parte a prove psicodiagnostiche a cura della Dott.ssa Daniela Malfatti, mediante la somministrazione dei test di Rorschach e del MMPI-A (Minnesota Multifactory Personality-Adolescent) i cui risultati sono stati am-

piamente illustrati nelle relative sette pagine dell'elaborato peritale e la cui validità scientifica è indiscussa in ambito internazionale.

(...) Proprio perché il danno di cui si discute è psichico e quindi di carattere strettamente personale, a seconda della personalità del danneggiato un evento può rivestire o meno i caratteri della "estremità".

(...) In altri termini, è proprio la tipologia di danno riportato e lamentato dalla vittima che non può prescindere da un suo accertamento mediante i relativi colloqui, l'indagine anamnestica ed i test psicodiagnostici.

2. (...) Ciò premesso il Giudice è allora chiamato a pronunciare una "giusta decisione" che traduca, per così dire, in termini economici il complesso dei danni, soprattutto di carattere non patrimoniale, subiti dalle odierne parti attrici, avendo peraltro ben presente che il nostro ordinamento non ammette, almeno allo stato, la funzione c.d. punitiva del risarcimento del danno. E tuttavia, sia consentito chiedersi come possa valutarsi in termini oggettivi e validi il dolore e le irrimediabili compromissioni sulla salute e nella vita di relazione cui va incontro una giovanissima ragazza che, proprio agli albori del suo delicatissimo percorso di autonoma crescita fisica e psichica, subisce un trauma quale quello per cui oggi è causa.

È stato infatti condivisibilmente osservato in dottrina come la lesione biologica sia uno solo dei percorsi attraverso cui la vita umana si impoverisce e perde valore, e che non la sola "biologia", ma l'intera "biografia" della persona possa essere, in linea di principio, danneggiata dall'ingiustizia sicché il "vil denaro" non potrà mai riuscire a compensare determinati tipi di danni alla persona, la cui lesione, per definizione, non ha prezzo.

3. Da qui la necessità soprattutto in casi come quello in esame - in cui vale la pena fin da subito ricordare che è stata realizzata una vera e propria condotta di reato doloso ex art. 609 bis c.p., aggravato dal fatto di avere abusato delle condizioni di inferiorità fisica e psichica della persona offesa, peraltro di minore di quattordici anni - di procedere alla liquidazione del "quantum debetur" secondo canoni di proporzionalità e ragionevolezza ma che tengano debito conto della necessità, questa sì più volte evidenziata dalla Suprema Corte di "personalizzare" il più possibile il risarcimento del danno con riguardo al caso concreto.

(1-3) Responsabilità civile da fatto illecito: evento di danno da violenza sessuale avvenuto in occasione di lezione privata di lingua inglese presso l'abitazione del precettore ex art. 609 bis c.p. aggravato per le condizioni di inferiorità fisica e psichica della persona offesa. Modi di determinazione del danno e sua liquidazione in sede civile.

Sommario: 1. Il caso - 2. L'inquadramento normativo - 3. La giurisprudenza.

1. Il caso.

La causa trae origine da un episodio delittuoso avvenuto sulla persona di una ragazzina di tredici anni, affidata dai genitori ad un precettore per lezioni private di lingua inglese.

In occasione di uno degli incontri di studio, questi colto da *raptus* a connotazione sessuale, ha violentato la ragazzina, avendo la meglio sulla stessa anche per la sudditanza psicologica e fisica della stessa vittima nei suoi confronti.

Denunciato prontamente il fatto e riconosciuto colpevole del reato p.e.p. dall'art. 609 bis c.p., con le aggravanti del fatto che la violenza era stata consumata su di una vittima infra quattordicenne e per di più in situazione di sudditanza psicologica, i genitori promuovevano l'azione civile per il risarcimento dei danni

patiti dalla loro figlia nanti il Tribunale di Genova. La fase di merito, da cui è scaturita la decisione in esame, si è incardinata su di un procedimento cautelare *ante causam* di sequestro conservativo, volto a conservare le garanzie del creditore su tutti i beni mobili ed immobili del danneggiante.

2. L'inquadramento normativo.

La fattispecie affrontata dal Tribunale di Genova è stata risolta sulla base dell'applicazione di due norme fondamentali: l'art. 2043 c.c. sul risarcimento per fatto illecito e la sua riconoscibilità, ma, soprattutto, parte da una attenta applicazione dei principi che la Suprema Corte di Cassazione ha elaborato in materia, fornendo linee guida sempre più precise per la concreta "traduzione" di tali principi in materia di liquidazione del danno ingiusto (sia esso doloso che colposo) a partire da quanto stabilito dall'art. 1226 c.c.

Il Tribunale non ha dovuto dare corso all'istruttoria relativa *al-l'an debatur* poiché i fatti già pacificamente accertati in sede penale (fatti di natura dolosa) e, comunque, non disconosciuti dal convenuto neppure in sede civile.

L'accertamento effettuato dal Giudice civile, quindi, ha investito la questione di verifica della natura e quantificazione del danno patito dalla vittima del reato.

Per fare ciò, il Tribunale è ricorso alla C.T.U. medico legale -di natura tanto percipiente che decucente- che ha chiarito la connotazione e l'incidenza delle lesioni psicologiche di natura permanente sulla personalità della giovane E.F.

Le risultanze dell'elaborato peritale del Prof. Tullio Bandini hanno consentito al Tribunale di procedere alla quantificazione del danno patito dalla giovane E.F., pur tenendo presente che, nell'ordinamento vigente, non esiste una figura di "danno-punizione".

Sul punto, la Corte di Cassazione con la pronuncia del 19 Gennaio 2007 n. 1183 ha precisato che "Non sono risarcibili i danni c.d. punitivi, in quanto la loro funzione sanzionatoria contrasta con i principi fondamentali dell'ordinamento interno, che assegna alla responsabilità civile una funzione ripristinatoria della sfera patrimoniale del soggetto leso. Nel nostro ordinamento l'idea della punizione è estranea al risarcimento del danno, il cui fine è quello di eliminare le conseguenze del danno arrecato, anche nel caso in cui questo abbia natura non patrimoniale, mediante il pagamento di una somma di denaro. Ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale l'accento è posto sulla sfera del danneggiato e non su quella del danneggiante e, pertanto, per la sua determinazione sono irrilevanti tanto lo stato di bisogno del danneggiato, quanto la condotta del danneggiante e la sua capacità patrimoniale."

Il primo passaggio, logicamente necessario, che ha effettuato il Giudice del merito è stato proprio quello di porsi dal punto di vista della vittima e verificare se la stessa avesse, o meno, subito un danno di natura non patrimoniale comprendendo in tale concetto tutta una serie di aspetti della personalità da cui non è possibile prescindere.

Il Tribunale, insomma, ha dato concreta applicazione all'orientamento elaborato dal Supremo Collegio e per il quale il Giudice del merito, nell'ambito dell'applicazione dell'art. 1226 c.c. per la liquidazione del danno non patrimoniale è tenuto a prendere in considerazione la "personalizzazione del danno" che permette di "monetizzare", appunto partendo dalla sofferenza patita dalla vittima e non dalla censurabile condotta del danneggiante, tutti gli aspetti della personalità di quella, demandando, quindi, al Giudice del merito la valutazione di ogni singolo caso esaminato. Il principio di "personalizzazione del danno" elaborato dagli Ermellini ha trovato piena espressione nella pronuncia n. 13530 del 19 Maggio 2009 con la quale il Giudice di Legittimità ha spe-

cificato che il Giudice del merito pur dovendo liquidare in modo unitario ed omnicomprensivo il danno non patrimoniale 1) nella propria motivazione è tenuto a dare conto delle singole poste economiche di danno prese in considerazione, quali ad esempio il danno alla persona e la sofferenza morale da reato; 2) la liquidazione del danno da reato non deve essere necessariamente una aliquota di quanto liquidato a titolo di danno biologico, ma può consistere in una somma maggiore o minore, a seconda dei casi, secondo la prudente valutazione del Giudice; 3) per stabilire la sussistenza di un valido nesso causale tra un fatto illecito “shockante” ed una conseguente infermità psichica non è necessario accertare che, senza l’illecito, l’infermità non si sarebbe prodotta con assoluta certezza, ma è sufficiente potere ritenere che, in assenza del primo, la seconda non si sarebbe verificata con ragionevole probabilità.

Ed ecco che il Tribunale di Genova, ponendo in coordinamento i principi sin qui esposti, valutata la sussistenza di un danno complesso in capo alla vittima, ha liquidato il danno ad E.F., ex art. 1226c.c. utilizzando le Tabelle elaborate dal Tribunale di Milano. La scelta di tali parametri di riferimento ha trovato conforto e conferma nel Giudice di Legittimità per il quale le tabelle milanesi costituiscono il necessario e valido criterio di riferimento per quanto concerne la valutazione e liquidazione del danno non patrimoniale, ampiamente inteso, dove la concreta valutazione in aumento o in diminuzione non sia diretta conseguenza della valutazione di concreti elementi, ma ciò solo in caso di lesioni di lieve entità. (Cass. 30 Giugno 2011 n. 14402).

Nel caso di specie il Tribunale ha giustificato l’applicazione della massima personalizzazione del danno contenuta nelle tabelle milanesi - III colonna delle stesse-(nella misura del 44%) partendo dalla considerazione della sua particolare natura, atteso il danno provocato su di una minor al di sotto dei quattordici anni. E partendo dal presupposto che la personalizzazione per il delitto colposo può giungere sino al 30%.

3. La Giurisprudenza.

Per ciò che consta la lesione di natura non patrimoniale e la sua quantificazione ai fini della liquidazione, la Corte di Cassazione ha chiarito che “ *nella liquidazione del danno alla persona, quando manchino criteri stabiliti dalla legge, l’adozione della regola equitativa di cui all’art. 1226 c.c. deve garantire non solo l’adeguata considerazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l’uniformità del giudizio a fronte di casi analoghi*” (ex plurimis Cass. 7 Giugno 2011 n. 12408), con il che confermando l’applicazione su tutto il territorio italiano delle Tabelle elaborate dal Tribunale di Milano. Tale decisione va posta in coordinamento con quella per la quale “ *Ai fini della configurabilità e del risarcimento del danno non patrimoniale è opportuno identificare preliminarmente l’indispensabile situazione soggettiva protetta a livello costituzionale (il rapporto familiare e parentale, l’onore, la reputazione, la libertà religiosa, il diritto di autodeterminazione al trattamento sanitario, quello all’ambiente, il diritto di libera espressione del proprio pensiero, il diritto di difesa, il diritto di associazione e di libertà religiosa ecc.). Tale attività interpretativa rende possibile successivamente una rigorosa analisi ed una rigorosa valutazione tanto dell’aspetto interiore del danno (la sofferenza morale) quanto del suo impatto modificativo in pejus con la vita quotidiana (il danno esistenziale).*” (ex plurimis Cass. 20 Novembre 2012 n. 20292).

Con questa pronuncia, tra le tante, la Cassazione ha evidenziato come l’unitaria figura del danno non patrimoniale sia, nella concretezza dei fatti, il risultato dell’esame di più aspetti ed espressioni della personalità umana che devono, necessariamente, essere presi in considerazione dal Giudice del merito al momento della sua liquidazione.

Infine, sulla natura e sulle modalità di effettuazione della C.T.U il Giudice di Legittimità ne ha definito in maniera chiara i profili, precisando che « *Se il giudice affida al consulente il semplice incarico di valutare fatti già accertati o dati preesistenti, la funzione del consulente è deducendo e la sua attività non può produrre prova; se, viceversa, al consulente è conferito l’incarico di accertare fatti non altrimenti accertabili che con l’impiego di tecniche particolari, il consulente è percipiente, la consulenza costituisce fonte diretta di prova ed è utilizzabile al pari di ogni altra prova ritualmente acquisita al processo*» (Cass. 26 aprile - 22 giugno 2005 n. 13401).

Simonetta Cocconi
Avvocato, Foro di Genova

Tribunale di Genova, sez. I civ., 6 giugno 2013 - Pres. Costanzo - Est. Braccialini - ex liquidatrice Laura G. (Avv. Repetto) c. Condominio Via della Crocetta, 7-9 (Avv.ti Fusco e Bozano Gandolfi).

SOCIETÀ di capitali - in genere - cancellazione della società dal registro delle imprese - ricorso per la cancellazione della cancellazione - procedimento camerale - caratteri - impulso officioso - finalità - accertamento di diritti controversi - esclusione - corrispondenza tra realtà effettuale ed iscrizioni operate dagli organi societari - sussistenza - interesse del richiedente la cancellazione alla veridicità della precedente iscrizione - sufficienza.

(Artt. 2191, 2192 e 2193 c.c.)

SOCIETÀ di capitali - in genere - cancellazione della società dal registro delle imprese - presupposto di fatto - esaurimento della fase liquidatoria - necessità - pendenza di isolati rapporti di debito credito - irrilevanza.

(Artt. 2191, 2492 e 2495 c.c.; 4 d.lgs. 6/03)

SOCIETÀ di capitali - in genere - cancellazione della società dal registro delle imprese - successiva attività liquidatoria incompatibile con l’estinzione - caratteri - gestione di un contenzioso giudiziario iniziato prima della cancellazione - configurabilità - cancellazione della cancellazione - ammissibilità.

(Artt. 2191 e 2495 c.c.; 4 d.lgs. 6/03)

SOCIETÀ di capitali - in genere - cancellazione della società dal registro delle imprese - successiva attività liquidatoria incompatibile con l’estinzione - caratteri - mancata riscossione dei crediti iscritti a bilancio - configurabilità - cancellazione della cancellazione - ammissibilità.

(Artt. 2191 e 2495 c.c.; 4 d.lgs. 6/03)

Il procedimento camerale azionato per ottenere la cancellazione della cancellazione di una società dal registro delle imprese si caratterizza per un impulso officioso e non è diretto all’accertamento, con valenza di giudicato, di diritti controversi che in qualche modo coinvolgano la perdurante vitalità delle imprese sociali, ma bensì a ristabilire la corrispondenza tra realtà effettuale ed iscrizioni operate dagli organi societari, a fini di pubblicità legale, in modo da realizzare una piena affidabilità per i terzi. Ne consegue che l’interesse alla modifica di dette iscrizioni non va apprezzato dal punto di vista delle prospettive del conseguimento di concrete utilità rivendicate da alcun soggetto, titolare di rapporti creditorî con la società, ma da un angolo di visuale “pubblicitario” ed “amministrativo” di verifica dei presupposti legali per po-

tersi eseguire determinate iscrizioni, risolvendosi così nel mero interesse alla veridicità della precedente iscrizione (nella specie, il collegio ha confermato il provvedimento del giudice del registro che aveva rimosso la cancellazione della società ritenendo non esaurita la fase liquidatoria). Il presupposto di fatto per poter iscrivere la cancellazione societaria - come dice testualmente l'art. 2492 c.c. - è che la fase liquidatoria sia "compiuta", vale a dire esaurita, situazione che trova riscontro nel bilancio finale di liquidazione, a nulla rilevando la pendenza di isolati rapporti debitori o creditori.

L'attività di gestione di un contenzioso giudiziario costituisce prosecuzione della fase liquidatoria della società e comporta il venir meno del presupposto legale che giustifica la cancellazione della società (nella specie, una società di scopo costituita per la realizzazione di alcuni box interrati, era stata citata per danni dal condominio resistente e, dopo un mese dalla notifica dell'atto di citazione, aveva richiesto ed ottenuto la cancellazione dal registro delle imprese; detta circostanza, che non era stata dichiarata né al momento di costituirsi in giudizio, né durante lo svolgimento di questo, veniva opposta soltanto in sede di memorie difensive finali al fine di invocare effetti interruttivi del processo).

La mancata riscossione dei crediti iscritti a bilancio impedisce di ritenere esaurita la fase della liquidazione e comporta, al pari della gestione di un contenzioso giudiziario del quale nulla si dice nelle comunicazioni sociali, il venir meno del presupposto legale che aveva giustificato la cancellazione della società, con conseguente rimozione della cancellazione (nella specie, dall'esame del piano di riparto emergevano consistenze di cassa tali da coprire il debito derivante da due successivi esercizi in perdita; infatti, da un lato, venivano indicati debiti da estinguere per 61.792,00 euro utilizzando liquidità di cassa e, dall'altro, si stabiliva che il residuo di cassa e banca, pari alla stessa cifra del debito sociale, più un fondo di liquidazione di 307,00 euro, sarebbe stato ripartito ai soci, quale parziale restituzione del capitale sociale; a loro volta i soci si sarebbero visti attribuire il rimborso del capitale sociale residuo di Euro 21.103,00 non appena riscossi i crediti di cui a bilancio per Euro 21.103,00).

M.TY.

Svolgimento

Con ricorso del 5 ottobre 2011 il Condominio dei caseggiati di via della Crocetta civici 7 e 9 in Genova chiedeva al Giudice del Registro, ai sensi dell'articolo 2191 c.c., la cancellazione dell'iscrizione eseguita in data 28 dicembre 2005 relativa alla cancellazione da tale registro della S.r.l. Autobox: facendo presente di aver notificato il precedente 16 novembre 2005 atto di citazione alla predetta società in liquidazione per ottenere risarcimento dei danni conseguenti agli scavi eseguiti dalla controparte per la realizzazione di un'autorimessa sotterranea ubicata nei pressi del condominio stesso. Esponesse la parte ricorrente che la cancellazione della società dal registro delle imprese era stata iscritta il 28 dicembre 2005, ma già con comparsa di risposta dell'11 gennaio 2006 la stessa Autobox, costituendosi nel giudizio risarcitorio promosso dal Condominio, non aveva fatto cenno a tale cancellazione, così come nelle successive memorie autorizzate aveva espressamente sostenuto la propria capacità processuale; salvo poi invocare effetti estintivi in sede di memorie conclusionali di replica. In diritto, si faceva notare che la cancellazione era avvenuta senza che vi fossero i presupposti di legge (mancanza di rapporti passivi con soggetti terzi o pendenze giudiziarie) ed anzi in una fattispecie di continuazione dell'attività sociale, dimostrata da plurimi atti gestori. Tale situazione, anche dopo la nota decisione n. 4062 del 2010 delle Sezioni unite della Corte di cassazione sull'efficacia costitutiva della cancellazione e la conseguente estinzione della società di capitale, non impediva il riconoscimento dell'invalidità di cancellazioni operate senza i presupposti legali. Costituendosi nel procedimento l'ex liquidat-

trice sig.ra Laura G. sosteneva che non vi è incompatibilità tra l'estinzione della società di capitali e la persistenza (o sopravvenienza) di un rapporto obbligatorio. Faceva presente che il bilancio finale di liquidazione era stato approvato il 21 dicembre 2005, per cui la società era obbligata a chiedere la cancellazione dopo tale adempimento; né la causa civile rg 15.846 del 2005 costituiva attività gestoria successiva alla cancellazione.

Il Conservatore del Registro per parte sua sottolineava la correttezza formale del procedimento di cancellazione, mentre i soci della società cancellata, tra cui G. Spa, evocati ad impulso ufficioso, sottolineavano che la presenza di passività insoddisfatte o la pendenza di processi in cui la società estinta risultasse debitrice non costituivano circostanze ostative alla sua cancellazione.

Con decreto del 14 marzo 2012 il Giudice del registro ordinava la cancellazione dell'iscrizione eseguita il 28 dicembre 2005 e condannava alle spese le parti resistenti.

Il provvedimento del detto Giudice motivava la "cancellazione di cancellazione" dell'iscrizione del 2005 sulla scorta della nota decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione n. 8426 del 2010, che ha ritenuto ammissibile un provvedimento di tal fatta ove persista un apparato aziendale attivo. Nel decreto reso e qui reclamato si osserva che l'esistenza della volontà della società di continuare la propria attività non necessariamente deve puntare ad un'attività operativa, ma può trattarsi anche di una gestione meramente liquidatoria, nella quale rientra il conferimento di mandato al difensore, la nomina dei consulenti di parte, nonché la remunerazione dei professionisti designati.

(... *Omissis*...)

Motivi della decisione

La questione delle conseguenze, sostanziali e processuali, della cancellazione di una società (di capitali o di persone) dal Registro delle Imprese costituisce in oggi una delle questioni più tormentate dell'intera materia commerciale ed ha avuto nel tempo risposte diverse, perfettamente note alle attrezzate parti processuali che vi hanno fatto spesso richiamo, dai diversi angoli visuali, nelle difese scritte e orali.

Un notevole interesse riveste, per l'ampiezza del quadro ricostruttivo, la relazione predisposta dall'ufficio del Massimario della Corte di cassazione a seguito della più recente ordinanza di rimessione alle Sezioni unite (v. Ord. sez. 1, 18 giugno 2012 n. 9943) della questione inerente gli effetti estintivi della cancellazione di società dal registro delle imprese (relazione n. 167 del 27 settembre 2012, estensore cons. Enrico Carbone; pervenuta ai magistrati attraverso il circuito della Formazione distrettuale). (... *omissis*...) Per le Sezioni unite del febbraio 2010, il *diritto vivente* per cui la cancellazione non determina l'estinzione della società finché sussistono rapporti giuridici che la riguardano è venuto meno con l'articolo 4 del decreto legislativo n.6 del 2003 giacché la Novella societaria ha introdotto per le società di capitali una clausola di salvezza dell'effetto estintivo della cancellazione, tramite l'esordio del secondo comma dell'articolo 2495 c.c. Tale prospettiva estintiva è confermata dalla disposizione di chiusura dal secondo comma dello stesso articolo, laddove consente la notifica dell'atto di riassunzione presso l'ultima sede della società entro un anno dall'avvenuta cancellazione.

Si tratta dunque per le S.U., in base a tali testuali indicazioni del legislatore della riforma, di novella *innovativa*, per effetto della quale cancellazione ed estinzione della società coincidono. La conferma di tale conclusione viene dal versante concorsuale, in quanto il nuovo testo dell'articolo 10 della legge fallimentare prevede l'assoggettabilità a fallimento della società (senza distinguere se di persone o di capitale) entro l'anno dalla cancellazione dal registro delle imprese: con facoltà per il creditore interessato e per

il pubblico ministero di dimostrare un diverso momento di effettiva cessazione dell'attività unicamente in caso di cancellazione d'ufficio. L'ulteriore sentenza n. 8426 del 9 aprile 2010, con il medesimo presidente ed estensore, precisa: *“In tema di dichiarazione di fallimento di una società, ai fini del rispetto del termine di un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, previsto dall'art. 10 legge fall., l'iscrizione nel registro delle imprese del decreto con cui il giudice del registro, ai sensi dell'art. 2191 cod. civ., ordina la cancellazione della pregressa cancellazione della società già iscritta nello stesso registro, fa presumere sino a prova contraria la continuazione delle attività d'impresa, atteso che il rilievo, di regola, solo dichiarativo della pubblicità, se avvenuta in assenza delle condizioni richieste dalla legge, comporta che la iscrizione del decreto, emanato ex art. 2191 cod. civ., determina solo la opponibilità ai terzi della insussistenza delle condizioni che avevano dato luogo alla cancellazione della società alla data in cui questa era stata iscritta e, di conseguenza, la stessa cancellazione, con effetto retroattivo, della estinzione della società, per non essersi questa effettivamente verificata; nè è di ostacolo a tale conclusione l'estinzione della società per effetto della cancellazione dal registro delle imprese, a norma dell'art. 2495 cod. civ., introdotto dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, atteso che la legge di riforma non ha modificato la residua disciplina della pubblicità nel registro delle imprese.”*

Tale pronuncia, che prende così esplicita posizione sulla possibilità di una “cancellazione di cancellazione”, è stata letta e richiamata dalle odierne parti in termini antitetici in funzione delle contrapposte tesi sottoposte, ma in realtà sembra al Collegio preferibile la lettura che propone l'Ufficio del Massimario nella relazione citata, nella parte in cui vede in questa quarta sentenza un coordinamento giurisprudenziale tra le disposizioni relative alla cessazione della società e quelle che riguardano la pubblicità legale di impresa, materia che com'è noto non è stata interessata dalla riforma del diritto societario.

Si è detto che nella pronuncia in esame le Sezioni unite, partendo proprio dalla premessa che la disciplina del registro delle imprese non è mutata con la riforma delle società, hanno ricordato che la cancellazione societaria, avvenuta in assenza delle condizioni di legge, può e deve essere cancellata d'ufficio ai sensi dell'articolo 2191 c.c. con effetti di pubblicità dichiarativa, di modo che l'iscrizione del decreto di cancellazione della cancellazione fa presumere fino a prova contraria che l'attività d'impresa sia continuata, determinandosi l'eliminazione retroattiva dell'estinzione della società. (...omissis...) Dopo questa illuminante considerazione, nel successivo paragrafo viene sviluppato un rilievo di ordine probatorio che merita di essere riprodotto per esteso: *“Il quadro tracciato dalle sezioni unite mantiene la sua coerenza, tuttavia, giacché chi intende ottenere la cancellazione della cancellazione non può limitarsi a dimostrare la sussistenza di un debito sociale insoddisfatto o di un rapporto sociale pendente - questa più non essendo una causa ostativa alla cancellazione della società - ma deve provare che, ad onta della cancellazione fittizia, la società ha continuato l'attività d'impresa assumendo debiti nuovi o generando nuovi rapporti”*.

Non è superfluo ricordare che il caso trattato nell'occasione dalle Sezioni Unite presentava caratteri veramente singolari, in quanto si trattava di una società a responsabilità limitata che aveva contemporaneamente ottenuto la cancellazione dal registro delle imprese malgrado la mole notevole di debiti accumulati, ma che contemporaneamente aveva deliberato di proseguire la propria attività sociale in Romania, con ciò dimostrando una vitalità non certo coerente con la richiesta di cancellazione.

La recentissima sentenza delle Sezioni Unite n. 6070 del 23.2-23.3.2013, seguita a ruota dalla decisione “gemella” n. 6072, ha tenuto conto del quadro giurisprudenziale fin qui riassunto (...omissis...). In tal senso, la massima di diritto enucleata è la seguente: *“Qualora all'estinzione della società, conseguente alla sua can-*

cellazione dal registro delle imprese, non corrisponda il venir meno di ogni rapporto giuridico facente capo alla società estinta, si determina un fenomeno di tipo successorio, in virtù del quale: a) le obbligazioni si trasferiscono ai soci, nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione o illimitatamente, a seconda che “pendente societate” essi fossero o meno illimitatamente responsabili per i debiti sociali; b) si trasferiscono del pari ai soci, in regime di con titolarità o comunione indivisa, i diritti ed i beni non compresi nel bilancio di liquidazione della società estinta, ma non anche le mere pretese, ancorchè azionate o azionabili in giudizio, né i diritti di credito ancora incerti o illiquidi la cui inclusione in tali bilanci avrebbe richiesto un'ulteriore attività (giudiziale o extragiudiziale), il cui mancato espletamento da parte del liquidatore consente di ritenere che la società vi abbia rinunciato”.

(...omissis...) L'attenzione dedicata ad escludere utilizzazioni disinvolute della cancellazione per “far sparire” il debito sociale si legge anche nel precedente passaggio, in cui si conferma (*“Fermi tali premesse...”*) la giurisprudenza delle Sezioni Unite dell'aprile 2010 soprarichiamata per la quale: *“Per superare la presunzione di estinzione occorre, invece, la prova di un fatto dinamico: cioè che la società abbia continuato in realtà ad operare, e dunque ad esistere, pur dopo l'avvenuta cancellazione dal registro. Ed è questa soltanto la situazione alla quale la successiva sentenza n. 4826 del 2010 ha poi ricollegato anche la possibilità che, tanto per le società di persone quanto per le società di capitali, si addivenga anche d'ufficio alla “cancellazione della pregressa cancellazione” (cioè alla rimozione della cancellazione dal registro in precedenza intervenuta), in forza del disposto dell'art. 2191 c.c., con la conseguente presunzione che la società non abbia mai cessato medio tempore di operare ed esistere”*

Ritiene il Collegio di non doversi discostare da tale insegnamento, che può ormai può definirsi *“jus receptum”* dopo quattro univoche indicazioni del massimo organo di legittimità circa l'effetto estintivo immediato collegabile alla cancellazione presso il Registro delle Imprese, a dispetto dell'eventuale sopravvivenza di alcuni rapporti e salva in questo caso l'eventuale responsabilità dei liquidatori. La specifica questione che si pone nel caso di specie opera però su di un piano diverso da quello degli effetti e delle “legittimazioni conseguenti” all'estinzione, perché riguarda piuttosto la definizione dei presupposti per potersi procedere legittimamente alla cancellazione di una società nell'ambito del procedimento camerale speciale che prevede un controllo giudiziario sulla pubblicità legale relativa alla vita e attività delle società.

Il nodo del contendere passa attraverso l'esatta individuazione degli estremi in base ai quali possa ritenersi la perdurante vitalità di un'impresa cancellata presso il registro delle imprese: cancellazione che, per quanto si apprende dalla sentenza 8426/2010, dà luogo unicamente ad una presunzione di cessazione dell'attività imprenditoriale comune, la quale può essere però confutata dagli interessati con le dimostrazioni del caso inerenti la non veridicità di tale iscrizione, di fronte all'effettiva prosecuzione dell'attività di impresa. È di tutta evidenza che il caso proposto all'esame delle Sezioni Unite con l'ultima decisione del 2010 appare non risolutivo, in quanto in tale vicenda ricorreva una chiara dimostrazione - con la cancellazione in Italia e la prosecuzione dell'attività produttiva in Romania - della prosecuzione dell'attività sociale. Nella fattispecie qui in esame, invece, ci si deve misurare con un'impresa che versava in stato di liquidazione, quindi in una dimensione “preagonica” che per definizione escludeva nuove iniziative imprenditoriali.

Tutto ciò posto e considerato, ritiene il Collegio che il ricorso introduttivo diretto alla “cancellazione della cancellazione” fosse meritevole di accoglimento e dunque che il provvedimento del Giudice del Registro vada confermato per effetto delle seguenti considerazioni.

L'evoluzione della giurisprudenza di legittimità sopra riferita non

esamina fattispecie caratterizzate dall'applicazione del particolare procedimento di cui all'art. 2191 ss. c.c., ma riguarda casi contenziosi in cui lo stabilire l'esatto momento di cessazione completa dell'attività sociale riverberava i suoi riflessi sulla responsabilità degli amministratori o sui presupposti per la dichiarazione di fallimento: casi, dunque, trattati con il rito ordinario in un regime di contraddittorio pieno e con statuizioni finali aventi il valore del giudicato. Nel particolare procedimento azionato dal Condominio, e qui pendente in sede di ricorso impugnatorio, ci si muove invece in un modulo processuale camerale caratterizzato da impulso officioso, in una prospettiva che non è diretta all'accertamento con valenza di giudicato di diritti controversi che in qualche modo coinvolgano la perdurante vitalità delle imprese sociali. Si tratta di una prospettiva unicamente diretta a ristabilire la corrispondenza tra realtà effettuale ed iscrizioni operate dagli organi societari presso il registro delle Imprese, a fini di pubblicità legale, in modo da realizzare una piena affidabilità per i terzi delle iscrizioni societarie.

(...omissis...) In sintesi, quello che si richiede al soggetto "interessato" alla cancellazione è il mero interesse alla veridicità della precedente iscrizione: per cui il potere di impulso che gli è conferito è assimilabile a quello di denuncia, cioè di mera sollecitazione dei poteri officiosi del Conservatore e del Giudice del Registro.

Con tale chiarimento sulla portata e finalità del procedimento che si svolge in questa sede, è possibile perciò ravvisare un interesse all'emenda dell'iscrizione in capo a chi assuma non esservi corrispondenza tra la dichiarazione di cessazione dell'attività sociale, in cui si compendia la domanda di cancellazione, e l'effettivo assetto gestionale della società, per non avere l'impresa sociale realmente esaurita la procedura liquidatoria.

Da tale angolo visuale, si nota nelle difese delle parti reclamanti la sovrapposizione tra due nozioni del tutto diverse. Una cosa è il conseguimento dell'oggetto sociale, rappresentato nella specie dall'esaurimento delle vendite di tutti i box ed immobili realizzati dal costruttore, il che segna l'inizio della fase liquidatoria; altra cosa è l'esaurimento della fase liquidatoria, che consente ed anzi impone la richiesta di cancellazione dal Registro e la "morte" a tutti gli effetti della società.

A fronte di questa chiara distinzione dei presupposti, merita particolare apprezzamento l'osservazione contenuta nel provvedimento reclamato nel seguente passaggio motivazionale: "*Ritiene questo Giudice, quanto all'esistenza della volontà della società di continuare la propria attività, che occorre evidenziare che non è necessario che si tratti di un'attività operativa: è evidente che lo stato della società era quello di liquidazione, e quindi non si trattava di una gestione operativa ma di una gestione meramente liquidatoria*"

Si tratta di sottolineatura che non compare nella sentenza delle S.U. 8426/2010, che si interessa del fraudolento caso di "morte fittizia" di un'impresa per nulla cessata e ancora operativa, e tuttavia sottolineatura estremamente opportuna proprio perché non solo i casi di prosecuzione del normale ciclo operativo rilevano, dal punto di vista dei controinteressati alla cancellazione societaria. Anche nell'opinione del Collegio, rilevano egualmente le situazioni che preludono alla "morte aziendale" attraverso una tempistica non sempre quantificabile a tavolino circa l'esaurimento delle pendenze economiche.

In altre parole, il presupposto di fatto per potersi legittimamente iscrivere la cancellazione societaria è - come dice testualmente l'art. 2492 c.c. - che la fase liquidatoria sia "compiuta", vale a dire esaurita, il che trova poi riscontro nel bilancio finale di liquidazione. Se detta fase non è esaurita, non potrà negarsi che ci si trovi davanti ad un "seppellimento

premature": come icasticamente è stata definita dalla dottrina, la *morte anagrafica*, ma non *effettiva*, dell'impresa sociale.

Tale compiutezza non è esclusa dalla pendenza di isolati rapporti debitori o creditori, tanto più quando i liquidatori ne abbiano prudenzialmente tenuto conto con gli opportuni accantonamenti, ma non è assolutamente pensabile che il procedimento liquidatorio sia esaurito quando - come nella specie - sia stato promosso un accertamento giudiziale, nelle forme contenziose ordinarie, della portata della citazione introduttiva del giudizio di danno azionato il 16.11.2005 dal Condominio ricorrente, proprio a ridosso della precipitosa *eutanasia aziendale* di Autobox. Va tenuto presente che quest'ultima non era una società titolare di più iniziative economiche, ma impresa nata per la realizzazione di una limitata serie di box auto in un preciso e definito ambito territoriale cittadino, per cui non impropriamente le parti si sono riferite ad essa come ad una "*societas unius negotii*". Questa iniziativa imprenditoriale da subito ha determinato un atteggiamento di allarme nel vicinato per il ricorso a tecniche di scavo da cui si ipotizzavano danni per le proprietà confinanti, ed in effetti nel lungo rapporto conflittuale che ha preceduto l'iniziativa giudiziaria sono stati realizzati accertamenti congiunti affidati a qualificati professionisti per verificare esistenza e consistenza di lesioni riferibili ai lavori costruttivi, e non piuttosto ad altre cause. Fatto sta che immediatamente a ridosso della citazione introduttiva del giudizio di danno, che dà conto delle precedenti laboriose indagini specialistiche e delle relative acquisizioni, a distanza di poco più di un mese dalla radicazione della lite, la Srl convenuta si cancella di gran carriera malgrado un contenzioso di tanta consistenza ed incisività, rispetto alle precedenti attività economiche disimpegnate dalla Autobox, quasi si trattasse di una anonimo sollecito di un vicino per un banale stillicidio. La successiva gestione del contenzioso giudiziario, anche se obiettivamente in parte falsata da un quadro giurisprudenziale che considerava in vita le società cancellate fino all'esaurimento delle pendenze, è pur tuttavia sintomatica di un comportamento del tutto coerente con la prosecuzione della fase liquidatoria e non già con la morte prematura della Società.

In conclusione, dalle evidenze documentali acquisite e dagli stessi atti societari si ricava una chiara indicazione di un "seppellimento" fin troppo prematuro di Autobox rispetto ad una corretta gestione liquidatoria. Nella fattispecie si realizza un sicuro pregiudizio della fondamentale esigenza di corrispondenza a verità tra il fatto iscritto nel Registro delle Imprese - la cessazione effettiva dell'attività sociale - ed il quadro economico reale che traspare dalle iniziative omesse (gestione dei rapporti attivi; accantonamenti per la gestione del contenzioso) o assunte (conferimento di incarichi difensivi per la gestione del contenzioso con i confinanti) dalla gestione liquidatoria, la quale non poteva pertanto dirsi esaurita alla data del 21.12.2005.

Ne discende la reiezione del reclamo e la conferma del provvedimento impugnato, che per parte sua aveva accolto il ricorso del Condominio diretto alla cancellazione dell'iscrizione di "morte societaria" al 22.12.2005: con le conseguenze già individuate nel decreto del Giudice del Registro. Quanto alle spese di (... Omissis...)

P.Q.M.

Pronunciando in sede di ricorso ex art. 2192 c.c., respinge il ricorso ex art. 2192 c.c. proposto dalle parti G. Spa e ex liquidatrice Laura G. e conferma il decreto reso dal Giudice del Registro in data 14.3.2012. (... Omissis...)

Massime

Tribunale di Genova, sez. II civ., 30 dicembre 2012, n. 4686 - Giudice Unico Gibelli - P.D. (Avv. ti Lo Presti e Borgia) c. Presidio Ospedaliero Villa Scassi-A.s.l. 3 Genovese (Avv. Mencoboni) e c. Allianz Spa (Cuomo Ulloa).

ASSICURAZIONE (contratto di) - responsabilità civile - clausola claim made in generale - nullità virtuale - non sussiste - clausola claim made inserita, mediante patto aggiunto, all'interno di una polizza originaria stipulata in base al criterio loss occurrence - riduzione della garanzia assicurativa non accompagnata da un diverso assetto dell'equilibrio sinallagmatico - nullità per assenza di causa - sussiste.

(Artt. 1917 co. 1 e 1932 c.c.)

CONTRATTO in genere - nullità - mancanza di allegazioni in fatto e prove fornite dalle parti a sostegno di tale eccezione - rilevabilità ex officio - impossibilità.

(Artt. 1421 c.c.; 115 cpc)

Posta la validità, in tesi generale, delle clausole claim made inserite nell'ambito delle polizze per l'assicurazione della responsabilità civile_ in quanto l'art. 1932 c.c., nell'elencare le disposizioni di legge che le parti contrattuali sono tenuti ad osservare inderogabilmente, esclude il co. 1 dell'art. 1917 c.c._ è da ritenersi nulla, per assenza dell'elemento causale in quanto priva di corrispettivo, la clausola claim made inserita, mediante patto aggiunto, all'interno di un originario contratto stipulato in base al criterio loss occurrence, ogniqualvolta la riduzione di garanzia per il danneggiato non sia accompagnata da un diverso assetto dell'equilibrio sinallagmatico del negozio stesso.

(Nel caso in esame la Compagnia di Assicurazione-terza chiamata nel procedimento in epigrafe, aveva opposto alla ASL-chiamante che_ in base ad un'appendice, contenente una clausola claim made, alla polizza con criterio loss occurrence fra le stesse parti originariamente sottoscritta, era da ritenersi esclusa la copertura assicurativa per la RCT, in quanto l'evento lesivo si era sì verificato nel periodo di vigenza della variante, ma era stato lamentato dal danneggiato solo successivamente alla scadenza ivi indicata. Di talchè la ASL aveva eccepito la nullità di detta clausola aggiuntiva che, a fronte della riduzione della garanzia assicurativa, non prevedeva alcun tipo di bilanciamento a favore del danneggiato come, ad esempio, una riduzione del premio, proroga generale del termine, estensione della garanzia stessa su altre basi).

(Conforme: Cass. n. 5264/2005)

Ferma la rilevabilità ex officio della nullità ai sensi dell'art. 1421 c.c., la carenza di allegazioni in fatto e di prove fornite dalle parti sul punto determina l'impossibilità per il Giudice di procedervi, atteso che la norma in questione, lungi dal configurare un obbligo di accertamento d'ufficio, prevede soltanto il potere di compierlo: potere, quest'ultimo, che non esonera le parti stesse dall'onere probatorio su di loro gravante.

D.NCF.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 4 giugno 2013 - Giudice Unico Scarzella - Comune di Bargagli (Avv. Romoli) c. Giovanna Margherita Paghera (Avv. Piccione).

CIRCOLAZIONE stradale - sanzioni amministrative - applicazione - art. 201 cds - contestazione notificazione - verbale di accertamento - giudice di pace - udienza di trattazione - legge 689/1988 - onere della prova.

Nei casi in cui la violazione non possa essere immediatamente contestata al trasgressore, l'Amministrazione è tenuta a provvedere alla notificazione del verbale di contestazione con le modalità previste dal codice di procedura civile (a mezzo degli organi di cui all'art. 12 CdS, dei messi comunali o di un funzionario dell'amministrazione che ha accertato la violazione) ovvero a mezzo posta secondo le norme che regolano tale specifico tipo di notificazione. Tuttavia, al fine della regolarità della notificazione, il notificante è tenuto a consegnare, entro novanta giorni dall'accertamento, l'atto all'ufficiale giudiziario ovvero ad altro soggetto abilitato alla sua notificazione in base alla legge. (Nel caso di specie, il giudice di prime cure aveva erroneamente ritenuto fondata l'eccezione di tardività sollevata dalla ricorrente che riteneva irrituale la notificazione avendo ricevuto il plico oltre il termine di novanta giorni dall'accertamento).

La prova della regolarità della notificazione del verbale di contestazione è da ritenersi tempestiva qualora sia resa ed allegata nel rispetto delle preclusioni scaturienti dall'udienza di trattazione di cui all'art. 320 c.p.c., termine che non va confuso con il termine di 10 giorni di cui all'art. 23 della legge 689/1981 che inerisce soltanto al deposito di quei documenti che l'autorità che ha emesso il provvedimento ha il dovere - onere di allegare al processo, a seguito dell'ordine impartito dal giudice con il decreto di fissazione dell'udienza di comparizione.

CL.I.P.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 20 giugno 2012, n. 16632 - Giudice Unico La Mantia - Cond. Via S. (Avv. Vita) c. S. (Avv. D'Imporzano).

COMUNIONE e condominio - parti comuni - uso illegittimo - danni - obbligo di risarcire - sussiste.

(Art. 1102 c.c.)

Ciascun partecipante alla comunione può servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri di farne parimenti uso secondo il loro diritto. Si ha abuso della cosa comune quando c'è alterazione della sua destinazione ovvero l'impedimento del pari uso di essa da parte degli altri partecipanti alla comunione. (Nel caso di specie il condomino che, privo di autorizzazione assembleare, occupi con vasi e fioriere ed altri oggetti parte comune del tetto, impedendo agli altri partecipanti alla compagine condominiale il pari uso - sottraendone loro la disponibilità - è condannato alla rimessione in pristino della porzione di tetto mediante la rimozione dei beni ivi indebitamente collocati ed al risarcimento del danno da occupazione senza titolo di cespite immobiliare altrui).

G.S.

Tribunale della Spezia, 8 ottobre 2012, n. 721 - Giudice Unico Di Roberto - G. (Avv. ti Zavaroni e Galeazzi) c. A. (Avv. Marchetti).

COMUNIONE e condominio - assemblea dei condomini - convocazione.

(Art. 1105, terzo comma, c.c.)

COMUNIONE e condominio - assemblea dei condomini - verbale.

(Art. 1136, terzo comma, c.c.)

Affinché la delibera di un'assemblea condominiale sia valida non è necessario che l'ordine del giorno indicato nell'avviso di convocazione sia particolarmente puntuale, analitico e minuzioso, essendo sufficiente un'indicazione generica sull'argomento che andrà ad essere esaminato in sede di assemblea. La descrizione degli argomenti da trattare deve essere idonea a consentire la preventiva, sufficiente informazione dei condomini, cioè la comprensione dei termini essenziali dell'argomento, così che gli aventi diritto possano determinarsi anche relativamente alla partecipazione e preparazione per la discussione e deliberazione successive.

(Cass. civ. sez. II, 27.03.2000, n. 3634).

Una volta accertata la regolare costituzione dell'assemblea condominiale in prima ed in seconda convocazione, la mancata redazione del verbale attestante l'esperimento della prima convocazione, senza il raggiungimento del quorum deliberativo, non impedisce, né rende invalida, l'assemblea indetta in seconda convocazione.

(Cass. civ. sez. II, 24/04/1996, n. 3862).

N.OR.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 20 giugno 2013, n. 2064 - Giudice Unico Braccialini - M. s.r.l. (Avv.ti Bilanci e Giannardi) c. F. S.p.A. (Avv. Cassinelli).

CONCESSIONE finanziamenti comunitari - documento unico di programmazione Obiettivo 2 (2000-2006) - dichiarazione falsa o frodolenta - revoca totale contributo - non sussiste.

In tema di accesso ai contributi alle imprese la disciplina comunitaria di settore prevale rispetto alla normativa interna e giustifica la revoca solo a fronte di irregolarità intenzionali o dovute a negligenza del beneficiario, non essendo tale il pagamento delle fatture per l'acquisto di macchinari finanziati successivo all'inoltro della documentazione finale di spesa ed alla dichiarazione di completamento dell'intervento ammesso a contributo ma anteriore allo spirare del termine di ultimazione del programma. (1)

Si è dunque di fronte ad un revirement, motivato dalla ricerca della necessaria coerenza tra i Bandi per l'assegnazione dei contributi alle imprese e la disciplina comunitaria di riferimento.

La precedente giurisprudenza, per la quale inadempimenti formali dei Bandi giustificavano la revoca totale dei contributi, ha formato oggetto di rilettura. Il nuovo orientamento giurisprudenziale muove dalla ricerca della ratio del potere sanzionatorio nella disciplina degli interessi finanziari dell'Unione Europea, contenuta nel Reg. CE-EURATOM n. 2988/1995 del 18 dicembre 1995 e valorizza il dato normativo che punisce con la revoca del contributo solo irregolarità intenzionali o causate da negligenza che comportino una "intenzionale immutazione della realtà al fine di distogliere i finanziamenti comunitari alle finalità cui erano destinati". Questa lettura del dato normativo consente di colmare il vulnus della disciplina dei contributi alle imprese, che condizionava l'erogazione del contributo, secondo la precedente giurisprudenza, alla trasmissione dei titoli di pagamento saldati, anche se le imprese fanno notoriamente ricorso al finanziamento proprio per non avere a disposizione

i mezzi finanziari necessari per effettuare gli investimenti programmati. Il nuovo scinde temporalmente la fase del completamento dell'investimento, che nei casi esaminati è consistito nell'acquisto e nella messa in esercizio di nuovi macchinari cui è conseguita l'erogazione del finanziamento, e quello del pagamento delle relative fatture, possibile fino allo spirare del successivo termine di ultimazione del programma.

(1) La pronuncia si segnala quale conferma dell'innovativo orientamento della giurisprudenza del Tribunale di Genova, inaugurato dalla sentenza 1 marzo 2013 n. 715 (pubblicata su questa Rivista, n. 1 del 2013, pag. 21).

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 14 febbraio 2013, n. 518 - Giudice Unico Silvestri.

CONTRATTO in genere - credito al consumo - mancata indicazione dello scopo del finanziamento - irrilevanza.

(Art. 124, D.lgs. 385/93)

CONTRATTO in genere - contratto tra professionista e consumatore - clausola di determinazione degli interessi di mora d'importo manifestamente eccessivo - vessatorietà - sussistenza.

(Art. 33, D.lgs. 206/05)

CONTRATTO in genere - contratto tra professionista e consumatore - clausola di determinazione delle spese accessorie d'importo manifestamente eccessivo - vessatorietà - sussistenza

(Art. 33, D.lgs. 206/05)

CONTRATTO in genere - contratto tra professionista e consumatore - clausola illeggibile - vessatorietà - sussistenza

(Art. 33, D.lgs. 206/05)

INGIUNZIONE (procedimento per) - opposizione - effetti

(Art. 645 c.p.c.)

Una volta rispettati i parametri formali richiesti dall'art. 124 del testo unico bancario a tutela del diritto di informativa e trasparenza nei confronti del consumatore, diventa irrilevante l'ulteriore indicazione delle finalità del finanziamento che attengono alla sfera privata del cliente.

E' vessatoria, e dunque nulla, la clausola contrattuale che impone al consumatore, in caso di suo inadempimento, di versare al finanziatore interessi di mora nella misura del 2,5% mensile senza alcuna preventiva messa in mora, trattandosi di importo manifestamente eccessivo rispetto al parametro comparativo del tasso Euribor vigente nel periodo di sottoscrizione del contratto.

E' vessatoria, e dunque nulla, la clausola contrattuale che impone al consumatore, in caso di suo inadempimento, di versare al finanziatore spese accessorie che comportano costi eccessivi per il cliente concorrendo in modo non trasparente alla determinazione di un tasso di interesse effettivo superiore a quello dichiarato nel modulo contrattuale.

E' vessatoria, e dunque nulla, la clausola contrattuale dattiloscritta in modo completamente illeggibile a causa della misura dei caratteri tipografici.

L'opposizione a decreto ingiuntivo dà luogo ad un ordinario giudizio di cognizione finalizzato all'accertamento dell'esistenza del di-

ritto di credito fatto valere dal creditore nel ricorso monitorio, con la conseguenza che nell'opposizione si deve valutare la sussistenza dei fatti costitutivi del diritto al momento del giudizio di merito, pur se non sussistenti al momento della proposizione del ricorso. (Nella specie, il giudice di prime cure ha parzialmente accolto l'opposizione di un consumatore al decreto ingiuntivo emesso da un finanziatore per il recupero della parte residua di un prestito personale, autorizzando il pagamento in favore del mutuante del solo importo il linea capitale in virtù della vessatorietà delle clausole contrattuali che imponevano interessi di mora e altre spese accessorie di importo manifestamente eccessivo).

S.VGN.

Tribunale di Savona, 27 marzo 2013 - Giudice dell'Esecuzione Atzeni.

ESECUZIONE forzata in genere - opposizioni - titolo esecutivo - decreto ingiuntivo - notificazione - inesistenza o nullità.

La notificazione dell'atto deve essere considerata inesistente quando questa avvenga in un luogo e nei confronti di una persona che non presentino alcun collegamento col destinatario dell'atto, mentre è affetta da nullità sanabile quando un tale collegamento è invece ravvisabile (nel stesso senso Corte di Cassazione 18 aprile 2000 n. 5011).

Qualora la notificazione del decreto ingiuntivo sia affetta da vizio di inesistenza, cioè non sia mai stata eseguita un'operazione di notificazione giuridicamente qualificabile come tale, l'ingiunto può proporre opposizione all'esecuzione forzata ex art. 615 c.p.c. fintanto che il processo esecutivo non si sia concluso. Qualora, viceversa, l'ingiunto deduca un vizio della notificazione non riconducibile al concetto di inesistenza, l'unico rimedio esperibile si identifica nell'opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c. proponibile solo nel termine di cui all'art. 3 di detta norma.

CLI.P.

Tribunale di Savona, 16 maggio 2012 - Giudice Unico Princiotta - A.L. (Avv. ti Ligotino) c. G.A. e S.S. srl.

ESECUZIONE forzata in genere - pignoramento - atto di disposizione del bene pignorato - inefficacia - fattispecie.

(Art. 2931 c.c.)

SPESE giudiziali in materia civile - responsabilità aggravata.

Gli atti di disposizione dei beni pignorati da parte del debitore devono essere dichiarati inefficaci ai sensi dell'art. 2913 c.c. (nella specie il creditore aveva sottoposto a pignoramento le quote sociali di cui era proprietario il debitore, il quale nella sua veste di amministratore unico della relativa società e nonostante gli fosse stato inibito di compiere atti di straordinaria amministrazione con provvedimento ex art. 700 c.p.c., aveva ceduto ad altra società - tra i cui soci figurava, peraltro, il figlio - un ramo d'azienda con scrittura privata autenticata di cui il Giudicante dichiarava l'inefficacia ex art. 2931 c.c.)

Non può essere disposta la condanna per responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96 c.p.c. quando la domanda non risulti avanzata in sede di precisazione delle conclusioni, ma solo nella comparsa conclusionale.

(Artt. 96, 189, 190 c.p.c.)

TZ.LND.

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 13 febbraio 2013, n. 503 - Pres. Scarzella - Rel. Cannata.

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

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

V.CAV.

Tribunale Civile di Genova, sez. III civ., 10 aprile 2012 - Giudice Unico La Mantia.

MEDIAZIONE (contratto di) - diritto alla provvigione - pluralità di mediatori - attività autonoma di uno dei mediatori nella conclusione dell'affare - non sussiste diritto alla provvigione per l'altro.

(Artt. 1754 e 1758 c.c.)

Non sussiste diritto alla provvigione in capo ad un mediatore, pur incaricato originariamente di reperire sul mercato un acquirente per un immobile, allorché l'incarico stesso sia infruttuosamente terminato con il rifiuto della proposta di acquisto da parte del venditore.

Il diritto alla divisione della provvigione tra più mediatori sorge, a norma dell'art. 1758 c.c., soltanto quando essi abbiano cooperato simultaneamente e di comune intesa, ovvero autonomamente, ma giovandosi l'uno dell'attività espletata dall'altro, alla conclusione dell'affare, in modo da non potersi negare un nesso di causalità obiettiva tra i loro interventi e la conclusione dell'affare. Non sussiste il diritto al compenso quando, dopo una prima fase di trattative avviate con l'intervento del mediatore senza risultato positivo, le parti siano successivamente pervenute alla conclusione dell'affare per effetto di iniziative nuove, in nessun modo ricollegabili con le precedenti o da queste condizionate, sicché possa escludersi l'utilità dell'originario intervento del mediatore (Cass. 8/7/2010 n. 16157).

A.M.O.C.

Tribunale di Genova, sez. lav., 21 marzo 2013, n. 415 - Giudice Unico Basilico.

LAVORO (rapporto di) - lavoro subordinato - orario di lavoro - obbligo di indossare la divisa aziendale - diritto alla retribuzione.

Le attività anteriori al raggiungimento del posto di lavoro si collocano al di fuori dell'orario di lavoro a meno che il datore non intervenga autoritativamente nel disciplinarle ed il lavoratore si sottoponga al potere direttivo dell'imprenditore per cui inizia la prestazione e sia a disposizione dello stesso, assoggettato al potere direttivo e gerarchico del medesimo (nello stesso senso Corte di Cassazione n. 9215 del 7 giugno 2012).

Il tempo occorrente per indossare la divisa aziendale non deve essere retribuito nel caso in cui vi sia la facoltà per il lavoratore circa il tempo e il luogo in cui indossarla essendo questa parte degli atti di diligenza preparatoria del lavoratore; ove tale operazione sia, invece, eterodiretta dal datore di lavoro, che ne disciplina il tempo ed il luogo di esecuzione, il tempo necessario deve essere retribuito rientrando nell'orario di lavoro effettivo. (Nel caso di specie, la ricorrente ha convenuto in giudizio il datore di lavoro chiedendo la condanna a corrispondere la retribuzione per venti minuti di prestazione di lavoro supplementare per il tempo dedicato ad inizio e fine servizio ad indossare e dismettere gli indumenti da lavoro).

CL.I.P.

Tribunale di Genova, sez. lav., 11 aprile 2013 - Giudice Unico Ravera - C. (Avv. Pini) c. A. (Avv. Malcontenti, Porcari, Pane).

LAVORO (rapporto di) - trattamenti retributivi - appalto di servizi di trasporto - responsabilità solidale - sussiste.

La responsabilità solidale prevista dall'art. 29 del D.Lgs. 273/03, per la corresponsione al lavoratore dei trattamenti retributivi e contributivi, sussiste anche nel c.d. appalto di servizi di trasporto. (Nel caso di specie, il Giudice, verificata preliminarmente la fondatezza della domanda del lavoratore avente ad oggetto il riconoscimento di determinati trattamenti retributivi e contributivi, dopo aver accertato e ritenuto che i rapporti commerciali intercorsi tra S.E.C. Spa ed A.B.S. Srl, sebbene formalmente nominati come "trasporto", possedevano tutte le caratteristiche ed i requisiti per poter essere qualificati come "appalto di servizi di trasporto" (fattispecie negoziale mista in cui alle obbligazioni tipiche del trasporto se ne aggiungono altre volte all'organizzazione di un servizio nell'interesse imprenditoriale del committente), e dopo aver, altresì, verificato la sussistenza di un subappalto di fatto con cui A.B.S. Srl aveva effettivamente affidato tutte le mansioni ad A.B.S.S.C., applicando l'art. 29 del D.Lgs. 273/03, ha concluso condannando, solidalmente, committente, appaltatore e subappaltatore a corrispondere al ricorrente lavoratore C.S.F. le differenze retributive a lui spettanti per il periodo di svolgimento dell'appalto (dal 28/9/2009 al 13/1/2011).

M.GA.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 21 giugno 2012, n. 15785 - Giudice Unico La Mantia - D.C. (Avv. Solinas) c. L.P.S. sas (Avv. Senini) e c. D.T.I (Avv. Assandri).

LOCAZIONE - danni prodotti dalla struttura originaria della cosa locata - responsabilità del proprietario - sussiste.

PROCEDIMENTO civile - estensione della domanda al proprietario - necessità nel caso di specie.

(Artt.1575, 1577, 2051 e 2053 c.c.; artt. 106 e 269 c.p.c.)

Il proprietario dell'immobile locato, conservandone la disponibilità giuridica e quindi la custodia delle strutture murarie e degli impianti in esse conglobate su cui il conduttore non ha il poterdovere di intervenire, è responsabile in via esclusiva, dei danni arrecati ai terzi da dette strutture ed impianti.

Qualora sia chiamato in giudizio il conduttore dell'immobile anziché il proprietario, il conduttore è legittimato a chiamare il terzo proprietario in causa affinché lo liberi dalla pretesa attorea risultando quest'ultimo l'unico obbligato. (Nel caso di specie due soggetti concludevano con una società un contratto di deposito con conseguente consegna di oggetti vari presso l'immobile di cui la predetta società era conduttrice; in seguito alla rottura della tubazione idrica i locali in cui erano stati ricoverati gli oggetti si allagavano e i citati beni venivano così danneggiati. I due deponenti citavano allora la società depositaria la quale chiamava in causa il proprietario dell'immobile locato che risultava responsabile dei danni).

G.S.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 4 maggio 2013, n. 1644 - Giudice Unico Vaglio Berné.

PROPRIETÀ - rapporti di vicinato - apertura - veduta - servitù di veduta - distanze legali - azione petitoria - diritto di avere vedute dirette - onere probatorio.

In materia di luci e di vedute, il diritto di proprietà di un immobile fronteggiante il fondo altrui non può attribuire, in assenza di titoli specifici, anche l'acquisto della servitù di veduta; ne consegue che una situazione di mero fatto - che si sia concretizzata nell'esistenza di aperture a distanza inferiore di quella prescritta dall'art. 905 c.c. - non è di per sé suscettibile di tutela in via petitoria, al fine di pretendere, da parte del vicino che edifichi sul proprio fondo, l'osservanza delle distanze previste dall'art. 907 c.c. richiedendo detta norma l'acquisto, da chi ne pretende il rispetto, del diritto di avere vedute verso il fondo del vicino.

Sull'attore incombe l'onere di provare l'avvenuto acquisto, a titolo negoziale od originale, della servitù di veduta, vale dire della facoltà di esercitare l'inspectio e la prospectio in alienum dalle aperture praticate sulla parete a distanza dal confine con il fondo del vicino inferiore a quella prescritta dall'art. 905 c.c.

CL.I.P.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 10 luglio 2013 - Pres. Bonavia - Rel. Caiazza - F. (Avv. Buffa) c. S. (Avv. Rocca).

PROPRIETÀ - rapporti di vicinato - veduta - nuova costruzione - distanze legali - poteri del Giudice.

(Art. 907 c.c.)

Il proprietario del singolo piano di un edificio ha diritto di opporsi alla costruzione realizzata da altro condomino, qualora si tratti di un'opera, di qualsiasi natura, che si elevi stabilmente dal suolo e che ostacoli l'esercizio del suo diritto di veduta in modo diretto o indiretto. Tuttavia, lo stesso non potrà rilevare l'esigenza di contemperare il diritto di proprietà con il diritto alla riservatezza, in quanto, già l'Art 907 c.c. opera il bilanciamento tra l'interesse alla riservatezza ed il valore sociale espresso dal diritto di veduta. Il Giudice in caso di violazione dell'art. 907 c.c. ed in presenza

di una domanda diretta ad ottenere la completa rimozione dell'opera, ha solamente il compito di disporre la demolizione.

CL.I.P.

Tribunale di Savona, 5 maggio 2012 - Giudice Unico Pin-ciotta - A.G. (Avv. Gallareto) c. A.N.

RESPONSABILITÀ civile - sinistro stradale - collisione con il veicolo che precede - violazione delle distanze di sicurezza - presunzione - prova liberatoria - soggetto danneggiante - concorso di colpa del danneggiato - insussistenza.

(Art. 149 Cod. strad. e Art. 2054 c.c.)

La violazione dell'art 149 del D. Lvo 7 settembre 2005, n. 205 (Codice delle assicurazioni private), che impone al conducente di veicolo di assumere una condotta di guida idonea a garantire l'arresto tempestivo del mezzo, individua, nell'ipotesi di collisione con il veicolo che precede, una presunzione di violazione delle distanze di sicurezza.

In tale fattispecie non trova applicazione la presunzione di concorso di colpa dei conducenti nella causazione del sinistro, ex art. 2054 c.c., e pertanto il conducente che ha tamponato resta gravato dall'onere della prova liberatoria circa l'assenza della propria responsabilità o la sussistenza del concorso di colpa del soggetto danneggiato.

La prova liberatoria atta a vincere la presunzione di cui al 2° comma dell'art. 2054 c.c., non deve necessariamente essere fornita in modo diretto, dimostrando di non aver fornito apporto causale alla produzione dell'incidente, ma può anche risultare indirettamente tramite l'accertamento del collegamento eziologico esclusivo dell'evento dannoso con il comportamento dell'altro conducente.

(Conforme: Cass. n. 9550/2009)

SO.C.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 4 ottobre 2012, n. 3186 - Giudice Unico Gibelli - R.B. (Avv. Licheri) c. M. B. G. (Avv. Carassale) e c. Azienda Ospedaliera S. Martino Genova (Avv. Solaro) e c. altri.

RESPONSABILITÀ civile - inadempimento dell'obbligo di cura - errore diagnostico - presupposti - non sussistono - erronea interpretazione di un dato strumentale da parte del medico - sussiste.

(Artt. 1218 e 2043 c.c.)

La semplice erronea interpretazione, da parte del medico, di un dato strumentale, che non abbia provocato immediate conseguenze, non è idonea a configurare un errore diagnostico finché il medico stesso, lungi dal deliberare di assumere la propria prima valutazione errata a fondamento dell'azione terapeutica, si riserva, al contrario, nuovi esami.

(Nel caso di specie il Giudice ha rigettato le domande risarcitorie proposte dall'attrice nei confronti dei medici e delle strutture in epigrafe_ aventi tutte quali presupposto il nesso eziologico fra la errata e/o ritardata diagnosi della propria gravidanza extrauterina e l'effettuazione di un intervento chirurgico invasivo, una perdita anatomica ed ulteriori conseguenze dannose, anche morali_ considerando che, in realtà, l'iter diagnostico non era stato mai concluso presso nessuno di detti presidi ospedalieri genovesi, essendosi l'attrice sempre allontanata da ciascuno di essi nell'arco di meno di un mese, per poi raggiungere un ospedale sito in Locri. Ciò, anche se

è stato acclarato che il referto ecografico dell'Ospedale Villa Scassi conteneva un'informazione erronea circa la rilevazione di una camera embrionale nell'utero della donna).

(Conformi: Cass. civ., sez. III, 13/7/2011 n. 15386; Cass. civ., sez. III, 24/1/2007 n. 1511)

D.NCF.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 13 febbraio 2013 - Giudice Unico Gandolfo - M.R. e A.P. (Avv. Ramoino) c. G.B. (Avv. Rossi) e c. altri.

RESPONSABILITÀ civile - appalto - responsabilità del committente - criteri imputabilità.

(Artt. 840 e 2043 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - appalto - responsabilità del committente - sussistenza.

(Artt. 1655, 840 e 2043 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - appalto - responsabilità dell'appaltatore - sussistenza.

(Artt. 1655, 840 e 2043 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - appalto - responsabilità del progettista - responsabilità del coordinatore della sicurezza - criteri di imputazione.

(Artt. 1655, 840 e 2043 c.c.)

Il committente è responsabile ex art. 840 c.c. per i danni cagionati al vicino dalla costruzione di un'autorimessa sul proprio terreno, anche se per l'esecuzione dei lavori si sia avvalso dell'opera di un appaltatore e a prescindere da una sua condotta colposa.

È colposo il comportamento del committente che, dopo l'abbandono del cantiere da parte dell'appaltatore, rimane inerte omettendo di compiere gli opportuni accertamenti al fine di verificare che dal terreno di cui ha riacquisito la piena disponibilità non derivino danni al vicino.

L'appaltatore è responsabile quando, nell'ambito delle opere oggetto del contratto di appalto, ha dato esecuzione a un progetto palesemente inadeguato, senza che possa invocare il fatto di aver eseguito un progetto altrui (salva dimostrazione della riduzione al rango di nudus minister).

Mentre il progettista è responsabile per i danni derivanti dalle carenze progettuali delle opere di protezione del cantiere, il coordinatore della sicurezza non è responsabile per i danni cagionati alla proprietà dei terzi, perché non è sufficiente assumere i connotati della "figura tecnica" per essere ritenuti responsabili di opere per la cui progettazione e realizzazione sono previste un'autonomia progettazione e un diverso direttore dei lavori. Tale qualifica [coordinatore della sicurezza] riguarda il rispetto delle prescrizioni volte a garantire l'incolumità dei lavoratori e non a salvaguardare la proprietà dei terzi.

F. BART.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 2 aprile 2013, n. 1125 - Pres. Costanzo - Rel. Braccialini - G.E. S.C.R.L. (Avv. Calandri) c. Eredi B.E. (Avv. Rossetti).

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità del liquidatore di Società di capitali - mancato rispetto della par condicio creditorum - sussistenza.

(R.D. n. 267/1942 e art. 2741 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità del liquidatore di Società di capitali - oneri probatori in capo al creditore pretermesso.

(Art. 2043 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità del liquidatore di Società di capitali - oneri probatori in capo al liquidatore - esimenti - rilevanza.

(Art. 2043 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità del liquidatore di Società di capitali - quantificazione del danno - consistenza.

(Artt. 2043 e 2056 c.c.)

Costituisce fonte di responsabilità nei confronti del creditore sociale la condotta del liquidatore attuata tramite la violazione dell'art. 2741 c.c. e dell'eguale diritto dei creditori di soddisfarsi sui beni del debitore, consistente nel mancato ricorso ai rimedi concorsuali nelle forme del R.D. n. 267/1942 o nell'effettuazione di pagamenti preferenziali di alcuni creditori a scapito di altri in situazioni di conclamata e nota decozione aziendale.

Per sentire dichiarare la responsabilità del liquidatore ai sensi dell'art. 2043 c.c., il creditore è tenuto a dimostrare l'esistenza, la consistenza e il momento di esigibilità del proprio credito, nonché la conoscenza di tali caratteristiche del credito in questione in capo al liquidatore nel corso della gestione di quest'ultimo. Incombe sul creditore, altresì, l'onere di provare la sussistenza nel patrimonio aziendale di risorse sufficienti a garantire un'apprezzabile misura di soddisfacimento del proprio credito in termini almeno pari a quelli che potevano ragionevolmente prevedersi in esito ad una ordinaria procedura concorsuale.

Costituisce esimente che manda esente il liquidatore da responsabilità la prova da parte di quest'ultimo delle ragioni per le quali, in presenza di una situazione di sostanziale insolvenza aziendale, egli non abbia proceduto alla tacitazione concorsuale del ceto creditorio secondo i principi della poeriorità legale e della par condicio ex art. 2741 c.c., come ad esempio la sussistenza di un sequestro o l'imprevedibile venir meno di significativi affidamenti esterni per la copertura del disavanzo.

Il danno subito in caso di responsabilità del liquidatore che abbia provveduto alla cancellazione dal Registro delle Imprese di una Società, omettendo la liquidazione di un creditore sociale non può essere inferiore alla percentuale di soddisfacimento del credito che si sarebbe potuta realizzare nell'ambito di una normale procedura fallimentare.

C.GIA.

Tribunale della Spezia, 2 ottobre 2012, n. 700 - Giudice Unico Di Roberto.

RESPONSABILITÀ civile - dolo - scriminante.

(Art. 2043 c.c.)

DANNI in materia civile e penale - danno non patrimoniale - danno morale.

(Art. 2059 c.c.)

La condotta violenta del tifoso contro gli agenti di Polizia di Stato, intervenuti durante l'incontro calcistico nello stadio comunale per svolgere servizio di ordine pubblico, motivata dalla volontà di reagire al ritenuto abuso in atto ai danni di alcuni

supporters della propria squadra per mano delle forze dell'ordine, è da ritenersi illecita sia soggettivamente, non presentando un movente idoneo ad escludere il dolo delle lesioni poste in essere, sia oggettivamente, se, anche applicando in via, quantomeno, putativa, la scriminante della legittima difesa del terzo, risulti evidente la sproporzione del mezzo utilizzato rispetto alla situazione che si sia venuta a creare.

Per quanto attiene la liquidazione del danno, il danno non patrimoniale va risarcito integralmente, ma senza duplicazioni. Ove ricorrano lesioni all'integrità psico-fisica, il danno morale deve essere unitamente liquidato nell'ambito del danno non patrimoniale, tenendone in debito conto attraverso un'operazione di personalizzazione.

(Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972)

N.O.R.

Tribunale della Spezia, 7 novembre 2012, n. 809 - Giudice Unico Farina - G. (Avv. Venturoli) c. Comune di L. (Avv. Carrabba, Furia, Puliga e Delle Piane).

SANZIONI amministrative e depenalizzazione - opposizione - Art. 6 co. 5 D.lgs. 110/1992 attuativo della Direttiva 89/108/CE in materia di alimenti surgelati destinati all'alimentazione umana - obbligo di conservazione mediante strumenti di registrazione automatica della temperatura dell'aria - ambito di applicazione - riferibilità anche ai prodotti "congelati" - sussiste.

(Direttiva 89/108/CE; Art. 6 co. 5 D.lgs. 110/1992)

L'art. 6 co. 5 D.lgs. 110/1992_ attuativo della direttiva 89/108/CE in materia di alimenti surgelati destinati all'alimentazione umana_ nel prescrivere come obbligatoria la dotazione di strumenti di registrazione automatica della temperatura, si riferisce testualmente ai soli alimenti "surgelati", mentre nulla dice in ordine a quelli "congelati" che, tuttavia, non possono non essere ricompresi analogicamente in tal ambito, atteso che la differenza fra surgelazione e congelazione risiede esclusivamente nel processo di congelamento, molto più rapido nel primo caso rispetto al secondo. Tuttavia, una volta raggiunta la stabilizzazione termica, la modalità di conservazione è assolutamente identica tanto per i prodotti congelati quanto per quelli surgelati, così come identici possono essere i locali adibiti all'immagazzinamento e conservazione. Non solo, ma, ad essere esplicitamente esclusi dal campo di applicazione della norma in esame sono soltanto i "gelati".

(Nel caso di specie, il Giudice ha rigettato l'opposizione all'ordinanza ingiunzione emessa dalla Polizia Municipale del Comune in epigrafe, che aveva comminato in capo al ricorrente una sanzione amministrativa pecuniaria per la violazione della normativa summenzionata, così disattendendo l'argomentazione testuale da questi fatta valere, in base alla quale la disposizione di cui sopra si riferisce ai soli prodotti "surgelati", cosicché egli poteva ritenersi esonerato, per quelli "congelati", dall'obbligo di conservarli mediante strumenti di registrazione automatica della temperatura).

D.NCF.

Tribunale della Spezia, 6 novembre 2012, n. 804 - Giudice Unico Sebastiani - X (Avv. Cianfanelli e Delilippi) c. Comune di L. (Avv. Carrabba, Furia, Puliga e Delle Piane).

SANZIONI amministrative e depenalizzazione - opposizione - procedimento - competenza per materia in caso di violazioni della normativa sull'inquinamento acustico - competenza del tribunale - sussiste - irrilevanza dell'Ufficio Giudiziario indicato nell'ordinanza ingiunzione irrogativa della sanzione.

(Artt. 8 e 10 L. 447/1995; art. 6 D. lgs. 150/2011; art. 22-bis lett d L. 689/1981; art. 98 D.lgs. n. 507/1999)

SANZIONI amministrative e depenalizzazione - opposizione - valore probatorio del verbale redatto dalla Polizia Municipale - valore di piena prova in ordine a quanto attestato o accertato personalmente dal verbalizzante - sussiste.

La competenza a conoscere delle opposizioni avverso i provvedimenti di irrogazione di sanzioni amministrative per violazioni delle disposizioni in materia di inquinamento acustico di cui alla legge 447 del 1995 spetta per materia al Tribunale, come espressamente previsto già dall'art. 22-bis lett. d) legge n. 689 del 1981, introdotto dall'art. 98 D.lgs. n. 507/1999; ciò, a prescindere dall'erronea indicazione del Giudice davanti al quale proporre opposizione contenuta nell'ordinanza opposta.

(Conforme: Cass. sez. I, 26/4/2005 n. 8620)

Il verbale di constatazione (e di ispezione) fa piena prova, fino a querela di falso, in relazione a quanto attestato o accertato personalmente dal verbalizzante. (Nel caso di specie, in particolare, il Giudice ha rigettato l'opposizione avverso l'ordinanza ingiunzione emessa dalla Polizia Municipale del Comune in epigrafe che aveva comminato in capo al ricorrente, titolare di un esercizio commerciale, una sanzione amministrativa pecuniaria per la violazione della L. 447/1995 in materia di inquinamento acustico sulla scorta di un verbale della Polizia Municipale che aveva dato atto della presenza in loco di sei casse acustiche diffondenti musica proveniente da impianto stereofonico, in assenza della valutazione di impatto acustico, che avrebbe dovuto essere presentata dal titolare del medesimo esercizio).

D.NCF.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 26 aprile 2013, n. 3295 - Giudice Unico Braccialini - Yachts Spa c. S. Ltd.

SEQUESTRO conservativo - forniture per l'operatività commerciale e la manutenzione - spese di cantiere - crediti marittimi - nozione.

(Art.1, Convenzione di Bruxelles del 10/05/1952; Art.1, Convenzione di Ginevra del 12/04/1999)

Dal confronto tra l'art. 1 lett. 1) e lett. K) della Convenzione di Bruxelles del 1952 e l'art. 1, lettera 1) della più recente Convenzione di Ginevra del 1999, emerge che nella nozione di "spese di cantiere" o "costi di bacino" sono compresi sia i precedenti acquisti o esborsi sostenuti dal cantiere appaltatore per poter a sua volta eseguire i servizi costruttivi o riparativi affidatigli, sia i rimborsi e gli esborsi sostenuti da quest'ultimo per acquistare beni o servizi indispensabili alla realizzazione dello scopo di costruzione o di ripristino della nave.

Nella nozione di costo rientrano quindi anche quelle attività di messa a disposizione di servizi e prestazioni che abbiano comportato per il cantiere un impiego di risorse umane e materiali stornate da altre possibili utilizzazioni, ed impiegate invece nel completamento dell'incarico. Ne deriva che, ove porzioni di fabbricati, impianti, macchinari, ovvero le maestranze impiegate dall'appaltatore siano utilizzate per la costruzione o la riparazione di una nave, si è in presenza di un costo economico suscettibile di misurazione e di allocazione percentuale alla specifica commessa. In conformità a tale interpretazione, anche la sosta inoperosa in bacino nelle strutture di cantiere, dopo l'esaurimento di una commessa ed in vista di un nuovo appalto, rappresenta un "costo" per l'appaltatore da valutarsi ai fini della determinazione del credito a garanzia del quale è stato richiesto il sequestro marittimo.

SO.C.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 8 aprile 2013, n. 1493 - Pres. Costanzo - Rel. Braccialini - R.D. (Avv. Martini) c. F.I. srl (Avv. Allavena).

SOCIETÀ - consiglio di amministrazione - invalidità ed impugnazione delle delibere - società a responsabilità limitata - conflitto di interessi.

Alla luce di una interpretazione coerente con la tecnica normativa adottata dal legislatore della riforma del diritto societario, deve escludersi la possibilità di impugnazione delle deliberazioni del Consiglio di Amministrazione di una società a responsabilità limitata per motivi diversi da quello di conflitto di interessi esistente tra un amministratore e la società, così come previsto dall'art. 2475 ter c.c.. Nelle Srl l'apparente deficit di tutela rispetto alle decisioni del CdA appare compensato dalla latitudine dei controlli affidati all'iniziativa dei soci per tutto ciò che riguarda la vita dell'impresa e le sorti degli amministratori.

CLI.P.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 16 maggio 2013, n. 1975 - Pres. Costanzo - Rel. Calcagno - V.R. (Avv. Ricci) c. S.R. (Avv. Agosto).

SOCIETÀ - società di persone - società in nome collettivo - modifiche dello statuto assunte a maggioranza - ammissibilità - estensione di questo principio alla trasformazione della società - esclusione.

Nelle società di persone, quali le società in nome collettivo, la clausola statutaria, introdotta con il contratto sociale originario, che prevede che le deliberazioni attinenti modifiche del contratto stesso possano essere assunte a maggioranza senza il consenso di tutti i soci (cui spetta comunque il diritto di informazione su tali deliberazioni) non può estendersi sino a comprendere la trasformazione del tipo di società al quale ineriscono, per i diversi caratteri essenziali di ciascun tipo, diritti fondamentali dei soci non modificabili senza il consenso di tutti, indipendentemente dall'esistenza o meno del contestato principio del metodo collegiale nell'assunzione di tutte le decisioni.

Documenti

Accessorietà ed autonomia nelle garanzie

Andrea Fusaro

Professore Ordinario, Università di Genova

Sommario: 1. *L'accessorietà quale requisito di ogni garanzia.* 2. *L'accessorietà nelle garanzie personali.* 2.1. *Fideiussione.* 2.2. *Fideiussione omnibus.* 2.3. *Fideiussione a prima richiesta e contratto autonomo di garanzia.* 3. *La parabola dell'accessorietà nelle garanzie reali.* 3.1. *Pegno.* 3.2. *Ipoteca.* 3.2.1. *La c.d. portabilità dei finanziamenti.*

1. L'accessorietà quale requisito di ogni garanzia.

La relazione adotterà un taglio istituzionale, ma non concettuale, nell'intento di riepilogare il contenuto di alcune nozioni chiave, quali sono quelle di accessorietà ed autonomia nelle garanzie. In linea con la finalità di formazione professionale del presente corso, cercherò di riempire di significato quei concetti attraverso il censimento delle regole in cui si traducono e si aggiornano.

L'analisi, pur dedicando un'attenzione superiore alle garanzie personali, comprenderà anche le garanzie reali e ciò per varie ragioni. Intanto per considerazioni sistematiche - dal momento che l'accessorietà è requisito che le accomuna, essendo intimamente connesso alla funzione di garanzia, cosicché i due comparti hanno condiviso ampi segmenti della parabola evolutiva. Il compasso della ricognizione è inoltre allargato alle garanzie reali per l'interesse pratico che esse rivestono (1).

L'accessorietà, insieme con la determinatezza del debito garantito e la sussidiarietà, compone la triade dei principi classici delle garanzie reali e personali. Essa è, invero, tradizionalmente ritenuta connaturata alla stessa funzione di garanzia ed è indicata quale presupposto di molteplici aspetti della disciplina dettata dal codice per pegni ed ipoteche, non meno che per la fideiussione.

È a tale principio che viene tradizionalmente rapportata la specialità dell'ipoteca quanto al credito garantito, predicandosi l'individuazione in atto, tramite indicazione dei soggetti, della fonte e della prestazione. L'art. 2852 c.c. consente l'iscrizione per un "credito condizionale", ma gli interpreti hanno puntualizzato che esso deve comunque prophanare da un rapporto base esistente, pretendendo inoltre la determinatezza del credito, a pena di nullità.

L'accessorietà è parimenti letta nell'art. 2784 c.c. che assegna al pegno la funzione di "garanzia dell'obbligazione", facendone anche qui discendere la necessaria determinatezza del credito.

Altrettanto vale per le garanzie personali, a cominciare dalla fideiussione la cui accessorietà è sancita dall'art. 1936 c.c. in termini netti: il suo oggetto è identico all'obbligazione principale. Tra i corollari troviamo quello sancito dall'art. 1939 c.c., per cui si comunica ad essa l'invalidità dell'obbligazione principale, salvo sia prestata per un'obbligazione assunta da un incapace; poi il divieto - previsto dall'art. 1941 c.c. - di eccedere ciò che è dovuto dal debitore o di essere prestata a condizioni più onerose; infine l'art. 1945 c.c. che consente al fideiussore di opporre tutte le eccezioni che spettano al debitore principale.

Ancora dell'accessorietà è ritenuta realizzazione l'automatica ambulatorietà delle garanzie personali e reali in uno con il trasferimento del credito garantito (artt. 1263/I, 1201, 1203 c.c.).

2. L'accessorietà nelle garanzie personali.

Il terreno elettivo della verifica dei confini tra accessorietà ed autonomia è, insomma, quello delle garanzie personali ed i poli di maggior attrazione sono rappresentati dalla fideiussione *omnibus*, da un lato, dalla coppia fideiussione a prima richiesta e contratto autonomo di garanzia, dall'altro. Riverse, nondimeno interesse anche l'indagine del trattamento riservato dalle corti alle pattuizioni frontalmente rivolte a derogare ai singoli postulati dell'accessorietà.

Le clausole intese ad assegnare al garante condizioni più onerose di quelle che gravano sul debitore principale sono state perlopiù dichiarate nulle (2). Nondimeno, la deroga al dovere che l'art. 1956 c.c. addossa al creditore di chiedere al fideiussore la preventiva autorizzazione, per esporsi ulteriormente verso il debitore che versi già in difficoltà, era tendenzialmente ammessa dalla giurisprudenza, intendendola quale assunzione da parte del garante del maggior rischio inerente al mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore (3); l'intervento legislativo del 1992 ha poi dichiarato invalida la preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione (4). Ancora, sono state solitamente ammesse la clausola di reviviscenza, che fa ritornare in vita la garanzia estinta per l'adempimento del debito laddove questo sia divenuto inefficace (ad esempio a seguito del fruttuoso esperimento di azione revocatoria (5)), e quella di sopravvivenza, che assicura la stabilità della garanzia nonostante la carenza iniziale o sopravvenuta dell'obbligazione principale (6). Quelle da ultimo enunciate sono clausole particolarmente frequenti nei testi delle fideiussioni bancarie *omnibus*, che si segnalano per l'ulteriore particolarità connessa alla determinazione dell'oggetto *per relationem* all'obbligazione facente capo al debitore.

2.1 Fideiussione.

La disciplina della fideiussione - si è correttamente notato - risulta attualmente segmentata: alcuni suoi profili trovano un punto di riferimento immutato nelle disposizioni del codice del 1942, altri invece sono governati da regole ben più recenti: dalle norme sulla trasparenza bancaria a quelle sui contratti dei consumatori alla regolamentazione antitrust (7). Le sfide più acute all'ortodossia dell'accessorietà sono state perpetrate a ridosso di questa figura.

I fronti aggrediti sono, com'è noto, principalmente l'oggetto e le eccezioni sollevabili dal fideiussore, versante quest'ultimo attraverso il quale si è scavato il terreno intorno a molti pilastri della figura consegnata dal codice. Entrambi attengono all'accessorietà, anche se il primo lo raggiunge in via mediata, transitando attraverso il requisito della determinatezza del credito, dotato di un'autonoma consistenza, ma pur sempre connesso con quella: basti ricordare che l'apertura del codice del 1942 nei confronti della fideiussione per obbligazioni future è stata intesa quale deroga all'accessorietà (8). Il secondo coinvolge non solo la operatività della fideiussione in ragione

dell'inadempimento dell'obbligazione principale, ma addirittura la sua dipendenza dalla validità di quella.

Talora, poi, ai postulati dell'accessorietà attentano frontalmente clausole contrattuali variamente coneggiate, le quali hanno ricevuto accoglienza diversificata in giurisprudenza.

2.2. Fideiussione omnibus.

Si tratta di una figura di garanzia personale normalmente rilasciata a favore di banche, redatta secondo il modello a suo tempo predisposto dall'ABI, avente per oggetto "l'adempimento di obbligazioni dipendenti da operazioni bancarie di qualunque natura, già consentite o che venissero in seguito consentite al debitore principale o a chi gli fosse subentrato" (9).

La sua ammissibilità in passato destò un dibattito dottrinale di impressionanti proporzioni, incentrato sullo scrutinio della sufficiente determinatezza dell'oggetto, che ha registrato il prevalere della tesi favorevole, anche sulla scorta di argomenti comparatistici (10). Ad una casistica notevole fece seguito l'intervento del legislatore nel 1992 (11) che, modificando l'art. 1938 c.c. (12), ha subordinato la validità della fideiussione prestata per un'obbligazione futura alla "previsione dell'importo massimo garantito" (13). In seno a tale produzione giurisprudenziale (14) l'accessorietà era stata intesa non già nel senso cronologico di priorità o di contestualità della obbligazione rispetto alla garanzia, bensì in quello funzionale, così da riferirlo al tempo dell'escussione (15).

L'elaborazione dottrinale più recente si è dedicata piuttosto all'individuazione dei criteri atti a rendere effettiva la tutela apprestata dalla legge attraverso l'imposizione del tetto massimo ed ha fatto capo al canone della ragionevolezza, quindi alla clausola di buona fede (16), in questo modo rifluendo nel più ampio dibattito che circonda l'applicazione di questo paradigma al diritto dei contratti (17). Occorre, del resto, sottolineare come il segnalato orientamento che ha ammesso la derogabilità dell'art. 1956 c.c. l'aveva subordinata all'osservanza da parte del creditore del canone di buona fede nell'esecuzione del rapporto (18); ancora, che i principi di correttezza e buona fede sono stati richiamati per addossare alla banca il dovere di recedere dall'apertura di credito assistita da fideiussione *omnibus* "tutte le volte in cui il ritardo possa arrecare pregiudizio al fideiussore, compromettendo le possibilità di recupero delle somme versate per il pagamento del debito: sicché la violazione di tale obbligo rende inoperante la garanzia fideiussoria rispetto alle obbligazioni successivamente sorte a carico del debitore principale" (19).

Le Sezioni Unite hanno poi aggiunto che il difetto di accessibilità non condurrebbe comunque alla diagnosi di invalidità, ma al riscontro di un contratto autonomo di garanzia, perfettamente ammissibile (20). Il tema merita attenzione apposita (21).

2.3. Fideiussione a prima richiesta e contratto autonomo di garanzia.

La differenza tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia risiede nella accessibilità, presente nella prima ed assente nel secondo. Nell'una si garantisce l'adempimento del debitore principale, e perciò ci si pone nella medesima situazione, cosicché il beneficiario è esposto alle stesse eccezioni che può sollevare quello. Nell'altro viene assunto "l'impegno di pagare (non un debito altrui, ma) un debito proprio" (22): la causa è, quindi, diversa da quella della fideiussione, dal momento che "piuttosto che garantire in senso tecnico l'esatto adempimento del rapporto sottostante,

si mira ad assicurare la soddisfazione dell'interesse economico del beneficiario compromesso dall'inadempimento del debitore principale" (23); si tende, quindi, a trasferire un rischio (24). Per dirlo con il linguaggio delle sentenze, la sua funzione "non è di garantire l'adempimento del debitore, bensì quella di far conseguire senza indugio al creditore l'oggetto della prestazione, in attesa di chiarificazione del rapporto principale, così riversando sul garante il rischio dell'inadempimento, colpevole o meno che sia" (25).

L'ammissibilità del contratto autonomo di garanzia è stata efficacemente argomentata in dottrina, anche avvalendosi del raffronto comparatistico - in particolare attraverso il conforto dell'ordinamento tedesco (26) - ed è da tempo che la giurisprudenza più non ne dubita (27).

Il garante si priva della facoltà di opporre le eccezioni spettanti al debitore, sia riguardo l'adempimento sia circa la validità ed efficacia del rapporto principale (28); ricorre, quindi, una preclusione definitiva di tale possibilità, non soltanto un temporaneo congelamento per agevolare la pronta escussione da parte del creditore. Le differenze rispetto alla fideiussione si appuntano, inoltre, nella titolarità dell'azione per la ripetizione del pagamento non dovuto, che non compete già al garante - come nelle ipotesi caratterizzate da accessibilità -, ma al debitore che l'abbia rifiuto; ancora, nel difetto di circolazione al traino del credito; infine, nella regolazione da parte della propria legge, senza subire l'attrazione di quella del rapporto base (29).

Risulta ormai superata l'interpretazione riduttiva dell'autonomia che la risolveva in un'inversione dell'onere della prova (30), assimilando la garanzia autonoma a quella accessoria accompagnata dalla clausola "a prima richiesta". Si è chiarito che la presenza nel testo negoziale di una clausola di pagamento "a prima richiesta" sortisce l'esito di impedire al garante di proporre eccezioni ed opera esclusivamente nei termini di una clausola "*solve et repete*", non svincolando necessariamente la fideiussione dal rapporto principale (31). Nondimeno, l'introduzione della clausola del pagamento "a prima richiesta" tendenzialmente si accompagna ad un tenore contrattuale curvato verso l'autonomia, piuttosto che rispettoso dell'accessibilità (32). In questo senso le Sezioni Unite della Cassazione hanno affermato che l'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" può valere di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, in quanto incompatibile con il principio di accessibilità che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale (33).

Affinché ricorra un contratto autonomo di garanzia occorre l'elisione di tale legame (34), e l'intento dev'essere chiaramente esplicitato (35). L'autonomia non esclude, però, il collegamento: poiché l'inesecuzione del contratto principale è il rischio trasferito, ad esso deva fare puntuale richiamo il testo della garanzia, cosicché si tratta di individuare quale significato assuma il riferimento: al riguardo non si danno criteri decisivi, ma solo indici e la casistica testimonia come vengano annoverati tra i contratti autonomi quelli in cui l'inadempimento dev'essere solo affermato, mentre si versa in ipotesi di fideiussione laddove esso debba venire anche provato (36).

Al garante non sono peraltro precluse tutte le eccezioni, dal momento che può sollevare quelle letterali, ricavate dal testo del contratto, poi quelle attinenti la validità del rapporto di garanzia, infine la c.d. eccezione di frode o di dolo, fondata su prova "pronta e liquida".

3. La parabola dell'accessorietà nelle garanzie reali. E', nondimeno, risalente lo scetticismo nei confronti della portata tecnica di questo concetto, di cui si è da tempo denunciata la equivocità. In una trattazione classica dell'ipoteca apparsa esattamente mezzo secolo fa si legge che "la stessa massima per cui il secondo segue il primo non costituisce un vero e proprio principio generale di diritto positivo, ma si limita a dare l'ispirazione a diverse norme" (37). Similmente, in epoca più vicina, si è messo in guardia l'interprete dall'enfasi nei confronti dell'accessorietà del pegno, negandole attitudine ad indirizzare la soluzione di ogni problema di collegamento con il credito garantito (38).

Soprattutto il principio di accessorietà è risultato investito dal processo di ammodernamento del diritto delle garanzie rivolto a favorire meccanismi "più agili e duttili di quelli previsti dai codici, che non intralcino l'attività del debitore e insieme consentano al creditore di renderli operanti senza difficoltà" (39). Il comparto bancario ha, invero, richiesto adattamenti sia del pegno sia della fideiussione, proponendone l'impiego per garantire tutti i rapporti intercorrenti tra il cliente e l'istituto. La prassi commerciale, interna e internazionale, ha perpetrato forzature perspicue ai fondamenti dell'accessorietà, diffondendo l'utilizzo di testi di garanzie personali contenenti clausole di pagamento "a prima richiesta", la cui ammissibilità è stata dapprima misurata rispetto alle soglie di modificabilità dei modelli consegnati dal codice, quindi rapportata ai margini consentiti all'autonomia privata quanto alla creazione di nuovi tipi, dando vita ad un "contratto autonomo di garanzia".

Si tratta di un'evoluzione complessiva della materia, la cui osservazione ha condotto a sottolineare la rilevanza delle relazioni tra garanzie ed attività economiche (40). Lo scandaglio dei singoli settori consente di ricavare induttivamente la portata attuale del principio di accessorietà.

3.1 Pegno.

Oggetto di ben notevole attenzione è risultato il pegno, che la prassi ha assoggettato ad impieghi non collimanti con il suo profilo originario (41), che appare scolpito da quella considerazione della dottrina classica secondo cui "non sarebbe ammissibile un pegno del proprietario, come non è ammissibile la c.d. ipoteca del proprietario, quale diritto di prelevare una somma sul prezzo di espropriazione" (42).

Rispetto alla pretesa del collegamento del pegno ad un credito presente o futuro, ribadita a pena di nullità (43), è apparsa incompatibile la clausola dei contratti bancari secondo cui i titoli depositati garantiscono tutti i crediti dell'istituto verso quel cliente (44). Sulla scorta della premessa che il pegno, come diritto accessorio, presuppone l'esistenza di un diritto principale (45), la Suprema Corte ha sancito che la clausola "omnibus" può sortire effetto soltanto rispetto ai crediti sufficientemente individuati (46).

In seno alla giurisprudenza di merito sono state, tuttavia, registrate alcune aperture (47), soprattutto nel senso di ammettere la vincolatività tra le parti di una tale convenzione (48), attribuendo al creditore il diritto personale di ritenzione e quello di procedere alla vendita forzata ai sensi dell'art. 2797 c.c. (49).

Nelle aule giudiziarie si è spesso dibattuto circa la verifica della sufficiente determinazione del credito garantito (50), ed in tali vertenze le corti sono venute elaborando un modello di decisione secondo la quale "al fine di considerare l'atto di costituzione di pegno come contenente la sufficiente indicazione del credito, necessaria perché a norma dell'art. 2787, comma 3, c.c., la prelazione sia opponibile", l'eventuale ri-

corso a dati esterni all'atto richiede che esso "contenga un indice di collegamento che consenta l'individuazione dei menzionati dati" (51). Se ne è derivata l'insufficienza del riferimento ad un conto corrente bancario senza specificarne gli estremi e senza fornire alcuna ulteriore indicazione (52); in altra occasione è stata stigmatizzata l'eccessiva genericità del riferimento alle "linee di credito...accordate" dalla banca (53). Ha, invece, superato il vaglio giudiziario il negozio costitutivo di pegno, rientrando nel contesto di un'unica operazione di garanzia, laddove il credito era individuato attraverso il riferimento al saldo passivo di tutte le operazioni di credito anche future incluse in un rapporto di conto corrente in atto tra banca e cliente (54).

3.2 Ipoteca.

L'ipoteca è meno esposta a queste tensioni, ancorché la chiusura nei confronti della costituzione per crediti futuri che non traggano fonte da negozi già perfezionati né "possano eventualmente nascere in dipendenza di un rapporto già esistente" (55) abbia generato alcune vertenze. Ad esempio, si è escluso che la garanzia ipotecaria possa essere validamente concessa "in sede di apertura di credito di firma con la quale la banca si impegni a prestare fideiussione in favore di terzi che si rendano eventualmente creditori del cliente, al fine di assicurare prelazione al diritto di regresso che la banca stessa acquisirà in caso di rilascio di quella fideiussione e di pagamento di quei terzi" (56).

La consultazione dei repertori di giurisprudenza consegna una vicenda - piuttosto recente - da cui emerge un'istanza della prassi verso lo sganciamento della garanzia reale dal credito garantito. All'attenzione dei giudici è stato sottoposto un contratto concluso tra due creditori del medesimo soggetto, uno dei quali si era impegnato ad estendere all'altro i benefici che, nell'ipotesi di escussione del debitore, gli sarebbero derivati dalla titolarità di un'ipoteca sui beni di costui. Il tribunale non ha esitato a far propria la convinzione dottrinale che subordina il trasferimento dell'ipoteca alla cessione del credito relativo (57), peraltro ammettendo la vincolatività tra le parti di quel contratto in quanto diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, poiché consentiva di "ristabilire la *par condicio creditorum*, eliminando la necessità che la parte priva dei benefici ipotecari promuova una procedura concorsuale" (58).

3.2.1 La c.d. portabilità dei finanziamenti.

Nondimeno l'ipoteca è stata di recente investita da una innovazione la quale ha sollecitato un ripensamento proprio con riguardo alla accessorietà. Tra gli interventi realizzati dalla c.d. Bersani due o *bis* (59), rivolti a favorire la "liberalizzazione" nel settore bancario, notevole attenzione riceve attualmente la disciplina della c.d. portabilità dei mutui, meccanismo introdotto per consentire ai soggetti finanziati di fruire delle migliori opportunità offerte dal mercato del credito non solo nella fase iniziale dell'accensione del prestito, ma anche successivamente, passando ad altro istituto che proponga condizioni più vantaggiose (60).

Il legislatore, seppur sia intervenuto ripetutamente in tema, non ha fornito contributi chiarificatori, neppure in occasione del trasferimento di buona parte delle disposizioni all'interno del Testo Unico Bancario, realizzato con il decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141 (61), adottato in attuazione della direttiva comunitaria sul credito ai consumatori (62).

Rispetto alla portabilità, l'intervento è stato realizzato sia trasferendo le disposizioni nel Testo Unico Bancario (rispettivamente artt. 40 *bis* e 120-*quater*), sia aggiornandone il contenuto,

ancorché in maniera marginale; il principale effetto innovativo è apparso indotto proprio dal mutamento della sede che è sembrato foriero della variazione dell'ambito di operatività, confermando la fruibilità anche da parte dei soggetti non consumatori. La disciplina introdotta nel Testo Unico Bancario è stata successivamente incisa dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70- cosiddetto Decreto Sviluppo (63)- il quale è intervenuto anche in tema di portabilità (64).

Sulla configurazione della portabilità incidono alcune convinzioni radicate, tradizionalmente presentate quali corollari dell'accessorietà connaturata alle garanzie reali; tra queste la preclusione opposta alla "ricaricabilità" dell'ipoteca. L'ipotesi è stata, invero, liquidata come impraticabile già negli anni cinquanta, essendosi osservato che "...né ipso iure né con apposita convenzione, anche se la somma iscritta fosse sufficiente, l'originaria ipoteca può estendersi a un successivo credito fra le medesime parti, o essergli trasferita dopo l'estinzione del primo...ed anche se ancora non cancellata... si può solo costituirne una distinta..., mediante titolo e iscrizione appositi, e con proprio, nuovo grado" (65). Tradizionalmente sono ritenuti insuperabili gli ostacoli rappresentati dall'art. 2878 n. 3, c. c.- che fa discendere l'estinzione dell'ipoteca da quella dell'obbligazione - nonché dalle altre norme che collegano le sorti dell'ipoteca a quelle del credito garantito.

Non sembra, tuttavia, che l'art. 2878, n. 3. c.c. esprima un meccanismo ineluttabile, atteso che in tema di novazione (art.1232 c.c.) e di surrogazione per volontà del debitore (art. 1203 c.c.) esso risulta spiazzato dal benessere del garante; inoltre occorre considerare che quella stessa dottrina citata affermava che "l'accessorietà dell'ipoteca, che deriva dalla sua funzione di garanzia, costituisce il presupposto di numerosi corollari. Ma non va sopravvalutata, perché il nostro ordinamento non conosce un concetto tecnico di accessorietà a priori" (66). La proposta ricostruttiva è di considerare l'art. 2873, n. 3, c.c. inoperante nei confronti delle fattispecie di portabilità.

Laddove si consenta ad ampliare la prospettiva, la disposizione entrerebbe in stallo pure in ordine alle ipoteche rispetto alle quali il requisito dell'accessorietà si atteggi allentato in dipendenza del benessere originariamente prestato dal concedente al riutilizzo della garanzia, confermando all'autonomia privata l'attitudine a prefigurare uno strumento flessibile, quale si atterrebbe appunto l'ipoteca ricaricabile. La legittimazione culturale di questa operazione non difetterebbe. Non si tratterebbe, invero, di svincolare l'ipoteca dalla funzione di garanzia, ma soltanto di ammetterne il reimpiego a favore di nuovi crediti; pertanto non un abbandono dell'accessorietà, ma soltanto l'adozione di una sua nuova versione.

Note:

- (1) Una trattazione aggiornata del tema è offerta da A. Fusaro, *Variante in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?* in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, pp. 665 ss.
- (2) Cass. 23.12.2004, n. 23967, in *Giust.civ. Mass.*, 2005, I, ha affermato la nullità della clausola che prevedeva l'adeguamento al costo della vita secondo gli indici Istat dell'importo massimo dovuto dal fideiussore, considerandola "all'evidenza funzionale ad un'illegitima trasformazione dell'obbligazione originariamente contratta a garanzia di un debito di valuta in un debito di valore".
- (3) Cass., 10.4.1982, n. 2641, in *Dir. fall.*, 1982, II, 280; Cass., 18.7.1989, n. 3362, in *Foro it.*, 1989, I, 2750, con note di A. Di Majò e V. Mariconda, nonché con richiami di R. Pardolesi.
- (4) V. note 33 e 34. Si puntualizza, tuttavia, che "l'intervento del legislatore non ha escluso completamente la possibilità di una rinun-

cia del fideiussore ad avvalersi della liberazione, piuttosto ha inteso sanzionarne l'operatività con riferimento alle ipotesi in cui la rinuncia abbia carattere preventivo": M. Lobbuono, *I contratti di garanzia*, in *Tratt di dir. civ. del Cons. naz. Not.*, dir. da P. Perlingieri, Napoli, 2007, p. 81.

(5) Come ritenuto da App. Catania, 19.9.1987, in *Dir. fall.*, 1987, II, 948; App. Milano, 1.7.1986, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1987, II, 418. In senso contrario, App. Milano, 5.3.2003, in *Giur. Milanese*, 2004, 63. Sul punto si rinvia a F. Fezza, *Le garanzie personali atipiche*, in *Tratt. dir. comm.*, dir. da V. Buonocore, Torino, 2006, p. 58 ss.

(6) Cass. 11.7.2001, n. 7696, in *Foro it.*, 1992, I, 790; Cass. 20.12.2002, n. 18156, in *Contratti*, 2003, 767; Cass. 23.3.2004, n. 5729, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 3, circa la validità della clausola di reviviscenza. Cass.10.4.1995, n. 4117, in *Giust. civ. Mass* 1995, 797, relativa alla clausola di sopravvivenza.

(7) Constatatazione avanzata da parte di M. Lobbuono, *I contratti di garanzia*, cit., p. 6; L. Ruggeri e S. Monticelli, *Garanzie personali*, in *Tratt di dir. civ. del Cons. naz. Not.*, dir. da P. Perlingieri, Napoli, 2005, p. 29 ss.

(8) M. Foschini, *Fideiussione per obbligazione determinabile e per obbligazione futura*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, II, p. 466. Per una riflessione articolata si rinvia a V. Roppo, *Fideiussione omnibus: valutazioni critiche e spunti propositivi*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1987, I, p. 37; si veda inoltre F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, Padova, 2004, p. 549.

(9) M. Viale, *Fideiussione omnibus*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 276.

(10) G.B. Portale, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale*, in *Quaderni di Giur. Comm.*, Milano, 1978, p. 24 ss. Le discussioni dottrinali in ordine alla validità di tale fideiussione sono riassunte da F. Galgano, *op. cit.*, p. 553 ss.

(11) Art. 10 legge 17.2.1992, n. 154. Si ricorda che la Suprema Corte ne ha sancito l'irretroattività: Cass. 29.8.1995, n. 9099, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1996, II, 596; Cass. 7.11.2003 n. 16705, ivi, 2004, II, 520, con nota di N. De Luca, *Revoca della fideiussione e obblighi di buona fede della banca*; Cass. 10.8.2002, n. 12140. Sull'art. 1938 c.c. come modificato è intervenuta anche C. Cost. 27.6.1997, n. 204, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, II, 631, con nota di F. Briolini, la quale ha statuito che "l'innovazione legislativa, che stabilisce la nullità delle fideiussioni per obbligazioni future senza limitazione di importo, non tocca la garanzia per le obbligazioni principali già sorte, ma esclude che si producano ulteriori effetti e che la fideiussione possa assistere obbligazioni principali successive al divieto di garanzie senza limiti". Conseguentemente Cass. 22.11.2000, n. 15024, con nota di V. Timpano, nonché Cass. 9.8.2001, n. 10981, ivi, 2002, 165, con nota di R. Accroglano, hanno escluso l'estensione della garanzia al credito concesso dopo l'entrata in vigore della legge.

(12) L'art. 10 legge 154/1992 è intervenuto anche sull'art. 1956 c.c., aggiungendo il secondo comma che dichiara invalida la rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione.

(13) Sia consentito rinviare alla voce di L. Pontiroli, *Fideiussione omnibus*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., vol. VI, Torino, 2000, p. 373.

(14) Itinerario ripercorso nella monografia di D. Marasciulo, *La fideiussione omnibus nella giurisprudenza*, Milano, 1999.

(15) Cass. 31.8.1984, n.4738, in *Foro it.*, 1985, I, 505; Cass. 7.3.2002, n. 3326, in *Giur.it.*, 2002, 1205, nonché in *Contratti*, 2002, 1085, con nota di M. Ambrosoli, *Contratto autonomo di garanzia e invalidità dell'obbligazione garantita*.

(16) Per una sintesi del dibattito si rinvia a M. Lobbuono, *I contratti di garanzia*, cit., p. 75 ss.; v. altresì F. Galgano, *op. cit.*, p. 555 ss., il quale, nel rilevare come oggi le questioni trattate riguardino più che altro la validità delle singole clausole inserite nel contratto, da valutarsi in relazione alle diverse applicazioni che lo stesso riceve, attribuisce un ruolo determinante al principio della buona fede contrattuale.

(17) V. Roppo, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, p. 25 ss.

(18) Cass. 20.7.1989, n. 3385, e Cass., 20.7.1989, n. 3386, in *Foro it.*, 1989, I, 3100, con nota di V. Mariconda.

(19) Cass. 7.11.2003, n. 16705, cit.

(20) Cass. S.U., 1.10.1987, n. 7341, in *Foro it.*, 1988, I, 103, con nota di G. Tucci, *Tutela del credito e validità della fideiussione "omnibus"*

(21) Esigenze di economia del presente lavoro, incentrato sull'accessorietà, trattengono dal diffondersi sul rapporto tra fideiussione omnibus e fideiussione tipica, da un lato, e contratto autonomo, dall'altro. Per l'irriducibilità alla prima si segnala F. Benatti, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1982, I, p. 172; per la distinzione rispetto al secondo C. Angelici, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt di dir priv* dir da P. Rescigno, 12, Torino, 1985, p. 1032, sulla

scorta del complesso delle clausole che corredano questo modello nei formulari bancari.

(22) G. B. Portale, *Le Sezioni Unite ed il contratto autonomo di garanzia* ("Causalità" ed "Astrattezza" nel *Garantievertrag*), in Id., *Le garanzie bancarie internazionali*, coll. *Quaderni di Banca, borsa, tit. cred.*, Milano, 1989, p. 136.

(23) Trib. Milano, 30. 4. 1987, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, II, 3.

(24) G. B. Portale, *Le Sezioni Unite ed il contratto autonomo di garanzia* ("Causalità" ed "Astrattezza" nel *Garantievertrag*), cit., p. 179.

(25) Cass., 18. 11. 1998, n. 1420.

(26) G. B. Portale, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale*, in *Quaderni di Giur. Comm.*, Milano, 1978, 5 ss. Rileva, del resto, F. Galgano, *op.cit.*, pp. 560-561, che "la vera ragione per la quale la garanzia automatica è giudicata valida risiede...nella grande diffusione internazionale di questa figura: non si può, pena l'isolamento commerciale del nostro paese, giudicare per noi nullo un contratto universalmente considerato valido".

(27) Tra le prime decisioni in termini della Suprema Corte si segnala Cass. S.U. 1. 10. 1987, n. 7341, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, II, 1; Cass., 6. 10. 1989, n. 4006, ivi, 1990, II, 145

(28) Cass. 2.4.2002, n. 4637.

(29) G. B. Portale, *Le garanzie bancarie internazionali (Questioni)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, I, p. 7.

(30) Cass. S.U.1.10.1987, n.7341, cit..Tuttavia Cass S. U.18 Febbraio 2010 n. 3947, in *Riv. Not.*, 2010, 1353, *Giust. civ.* 2010, 1349, ha puntualizzato che la sola previsione della clausola a prima richiesta potrebbe esser idonea a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia.

(31) Tra le tante Cass. 31.7.2002, n. 11368, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2003, II, 245, con nota di C. Frigeni, *Alcune nuove pronunce sul contratto autonomo di garanzia*. Sul carattere relativamente autonomo di una tale garanzia rispetto al rapporto principale e sulla soggezione a ripetizione, F. Galgano, *op.cit.*, 558.

(32) F. Bonelli, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, coll. *Contratti & Commercio Internazionale*, Milano, 1991, p. 32.

(33) Cass,SU, 18/02/2010, n. 3947cit.

(34) La garanzia è autonoma, si puntualizza, rispetto non solo al rapporto fondamentale, ma anche al mandato conferito dal debitore alla banca.

(35) Affermazione ripetuta in giurisprudenza(tra le altre, da Cass. 1.6.2004, n. 10486).

(36) F. Bonelli, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, cit., p. 55.

(37) D. Rubino, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milano, 1956, p. 23.

(38) F. Realmonte, *Il pegno*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P.Rescigno, 2' ed., 19, t. I, 1997, p. 800. G. Stella, *Il pegno a garanzia di crediti futuri*, Padova, 2003, p. 20 ss., approfondisce l'atteggiarsi dell'accessorietà nelle garanzie personali ed in quelle reali.

(39) F. Mastropaolo; *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1989, p.128.

(40) M. Lobbuono, *I contratti di garanzia*, cit., p. 8, il quale precisa che "il collegamento con l'esercizio di attività economiche è suscettibile di produrre i suoi riflessi sulle attribuzioni di garanzia a prescindere dalle strutture strumentali da cui traggono origine. Il carattere "trasversale" di questo fenomeno emerge dall'ulteriore approfondimento degli interessi sottesi a queste garanzie, in particolare dalla valutazione del ruolo esercitato in materia dallo scopo di finanziamento".

(41) Una efficace ricostruzione è offerta da E. Gabrielli, *Il pegno*, in *Tratt. di dir. civ.* dir. da R. Sacco, vol. 5, Torino, 2005, p. 26 ss.

(42) G. Gorla - P.Zanelli, *Pegno. Ipotecche*, cit., p. 24

(43) Trib. Trani, 25.2.1947, in *Foro it. Rep.* 1948, voce *Pegno*, n. 6-7; Cass., 21.5.1984, n. 3111, in *Dir. fall.*, 1984, II, 709.

(44) App. Genova, 17.4.1957, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1957, II, 277; Trib. Milano, 10.1.1970, ivi, 1982, II, 173.

(45) G. Stolfi, *In tema di pegno per crediti indeterminati*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, II, p. 224; F. Galgano, *op.cit.*, p. 505.

(46) In termini, Cass., 5. 7. 2000, n. 8970, in *Foro it.*, 2000, I, 2782.

(47) App. Torino, 18.4.1994, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1084 ha riconosciuto l'attitudine della clausola "omnibus" a fondare il diritto di prelazione.

(48) Trib. Torino, 2.2.1996, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1996, II, 501. Ma in questo senso si veda già Cass., 19.6.1972, n. 1927, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1973, II, 10.

(49) Orientamento illustrato da G. Stella, *Il pegno a garanzia di crediti futuri*, cit., p. 116 ss.

(50) Tema affrontato da Cass. 1.8.1996, n. 6969, in *Foro it.*, 1997, I, 183, la quale rappresenta la prima pronuncia sul pegno irregolare di cosa futura.

(51) Cass., 24.6.1995, n. 7163, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1996, II, 501, ripresa da Cass., 26.1.2006, n. 1532, ivi, 2007, II, 314, con nota di E. Gabrielli, "Indici di collegamento" e determinazione dell'oggetto della garanzia nel pegno, cui si rinvia per la rassegna dei precedenti anteriori.

(52) Cass., 24.6.1995, n. 7163, cit.: precisando che in tal caso "non può farsi ricorso al libro fidi tenuto dalla banca, oppure al concreto svolgimento del rapporto, al fine di ritenere che l'atto si riferisca ad un'apertura di credito regolata in conto corrente e che questo coincida con quello genericamente indicato nell'atto stesso".

(53) Cass., 7.11.1996, n. 9727, in *Corr. giur.* 1997, 157, con nota di G. Lombardi, *Costituzione di pegno e "sufficiente indicazione" del credito garantito*.

(54) App. Roma, 27.12.1993, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1994, II, 515.

(55) L'art. 2852 c. c è testualmente riferito all'iscrizione, ma viene esteso al negozio costitutivo.

(56) Cass. 23. 3. 1994, n. 2786, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1995, I, 286, nonché in *Dir. fall.*, 1994, II, 916, con nota di Ragusa Maggiore.

(57) G. Gorla - P. Zanelli, *Pegno. Ipotecche*, in *Comm. Scialoja-Branca*, IV ediz., Bologna - Roma, 1992, p. 166.

(58) Trib. Ivrea, 28.7.2000, in *Foro it.*, 2000, I, 3357.

(59) Il D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, contenente "misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese", pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 26 del primo febbraio 2007, è stato convertito con la legge 2 aprile 2007, n. 40, pubblicata sul Suppl. ord. n. 91 alla Gazzetta Ufficiale n. 77 del 2 aprile 2007.

(60) Si rinvia a P. Sirena, *Mutuo (portabilità del)*, in *Enc. giur. Treccani, Aggiornamento*, XVII, Roma 2008; Id., *La portabilità dei contratti di finanziamento*, in G. Gitti, M. Maugeri, Notari (cur.), *I contratti per l'impresa*, vol. 2, *Banca, mercati, società*, Il Mulino, 2013; A. Fusaro, *La portabilità dei mutui nel Testo Unico Bancario*, in *Contr. Impr.*, 2011, n.6, pp.1422ss.

(61) Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 4 settembre 2010, n. 141. Esso è stato adottato nell'esercizio della delega conferita al Governo con la legge 7 luglio 2009, n. 88.

(62) L'intitolazione del decreto legislativo si riferisce alla "attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, coordinamento del Titolo VI del Testo unico bancario con altre disposizioni legislative in tema di trasparenza, revisione della disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi".

(63) Pubblicato in G.U. 13 maggio 2011, n. 110.

(64) Art. 8, ottavo comma, lett. (a), (b), (c) d.l. 13 maggio 2011, n. 70.

(65) D. Rubino, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit., p. 34; in nota 29:" ciò ne importa la intrasferibilità a qualsiasi altro credito, anche della medesima persona. Ma pur se la si ammettesse, si potrebbe ricorrevi solo fin quando il primo credito fosse ancora in vita".

(66) D. Rubino, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit., p. 23.

L'assicurazione dei medici e delle strutture sanitarie

Ugo Carassale

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. *Il percorso giurisprudenziale.* - 2. *La reazione del mondo assicurativo.* - 3. *Cenni di Censura del sistema assicurativo.* - 4. *Le linee guida per un sistema assicurativa efficiente.* - 5. *Indagini Storiche del sistema assicurativo nella sanità.* - 6. *Le novità del Decreto Balduzzi: punti critici.* - 7. *Il richiamo alla professionalità del medico legale.*

1. Il percorso giurisprudenziale.

Con comprensibile inquietudine, poco meno di 50 anni or sono, ascoltavo la Prof. M. E. Lucifredi agli esordi del corso Ist. Di Diritto Romano: *Ius generalis; ius specialis; ius gentium; ius naturalis; divina quadam providentia constitutum ...* (presso le popolazioni orientali non avrebbe mai folgorato nessuno?) apparivano allora ed appaiono poi ancora oggi concetti assai misteriosi e di ondivago significato.

Una cosa, però, sia io sia i giovani colleghi di studio abbiamo subito tutti compreso: nella autorevolezza dei superiori non conoscetes, "Roma locuta, causa finita".

Ancor oggi pare sia così, se lo ha detto la Cassazione ... "causa finita", anche se siamo solo in primo grado.

Che poi tutto il sistema possa tradursi in un dissesto economico e giuridico poco conta.

Nella materia, il medico da "locus genii" ottocentesco è oggi una ambita preda risarcitoria; è compito della giurisprudenza ... operare attività di ingegneria sociale ... !

Ed il diritto ... ?

Il diritto va adattato all'obiettivo che chi decide vuole perseguire: infatti, non si parla più di interpretazione normativa (e neppure sociologica), ma di Policy interpretativa: il che è come dire che prima si decide e poi si cerca una motivazione.

Il momento di sintesi in materia di responsabilità sanitaria è stato la creazione di un vincolo di natura contrattuale con acrobazie funamboliche, che sono diventate anche spericolate con l'intuizione del rapporto contrattuale da contatto sociale, così evanescente che, sdoganandolo in altre materie, (ad esempio un badante di fatto ad una quasi 90enne) non viene neppure considerato: eppure il Cattedratico di diritto penale mi allertava che cotale badante di fatto sarebbe stato anche penalmente responsabile delle lesioni subite dall'anziana madre.

Nel giudizio civile è, invece, diventato il teste che ha fatto decidere la causa e poco importa che il Collega avversario lo indicasse come "il cliente".

In tale contesto nel crescente sottosistema di responsabilità di produzione giurisprudenziale, con la citata Policy, si deve pagare anche il soggetto down, così generato dai suoi genitori naturali, solo perché non è stato ucciso ... E senza parlare dei termini di prescrizione, divenuti evanescenti; di virus HIV, HCV, HBV che nella produzione giurisprudenziale sono sempre la stessa cosa.

Senza valorizzare non è la teoria condizionalistica della causalità, messa a dura prova nell'infelice caso del bambino down, nel giudizio civile con ogni adattamento è utile a far dare comunque e sempre... qualche cosa; e quando neppure così operando si perviene ad un risultato utile, secondo le regole della causalità moderna, resta sempre la chance.

E la dottrina specialistica che fa?

È giunta anche a valorizzare l'esistenza di un contratto con pre-

stazioni per una sola parte (Paradiso), allorquando nel contratto ex se non crede neppure la Cassazione sez. III, come si legge nella ordinanza n. 8093 del 2009 della sez. III che nega il foro del consumatore nelle cause di danno coinvolgenti strutture sanitarie pubbliche, allorquando spiega che l'affermazione contrattuale "non sottende che quando ci si rivolga alle strutture del S. N. N. od, ad una struttura convenzionata, si stipuli un contratto", ma semplicemente viene significato che la cattiva esecuzione dà luogo ad una responsabilità contrattuale ...: si argomenta e si decide quello che si vuole, anche con evidenti giri di parole, ovvero con una serie infinita di belle parole.

Certamente, se cotale sistema, sempre valido, fosse generalizzato, ogni sentenza riformata darebbe corpo ad 1, o 2, ed a volte anche 3 inadempimenti nella stessa vicenda: solo nell'ultimo numero di Nuova Giurisprudenza Ligure abbiamo visto 3 sentenze sullo stesso caso tutte diverse le une dalle altre, e pubblicate consecutivamente.

2. La reazione del mondo assicurativo.

Il mercato assicurativo ha indubbiamente avvertito qualche brivido. Infatti, l'assicurazione della RC rappresenta il momento di più stretto contatto tra il danno, l'area del danno risarcibile ed il mondo assicurativo: rapporto di danno e rapporto assicurativo sono strettamente legali e reciprocamente condizionati. Tutti siamo soggetti a rischio.

E lo sarebbe anche la giurisdizione se le regole sul contatto sociale, che crea un vincolo contrattuale, fossero di portata generale e non soltanto uno *ius singularis* in odio ai medici.

Il contratto di assicurazione della RC, a tenore del quale nel rapporto di danno l'assicuratore, verso il pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato del danno prodotto dal sinistro entro i limiti degli accordi pattuiti, è informato da tre concetti cardine:

- 1) il danno;
- 2) l'interesse;
- 3) il rischio.

Tali concetti sono stati profondamente colpiti dall'assetto giurisprudenziale in materia di responsabilità sanitarie.

L'attività di ingegneria sociale o giuridica; gli oneri probatori; il più probabile che non; l'elasticizzazione della prescrizione, ovvero più in generale l'intervento della giurisprudenza che, quale diritto vivente, tende ad offrire una tutela al soggetto, che ritiene più meritevole (ed il diritto è vivente se non muore il giorno dopo, come è già accaduto recentemente, producendo lucrosi conflitti processuali agli esperti del settore) hanno inciso pesantemente sul concetto di "danno assicurato".

Ciò ha provocato una dilatazione dell'interesse del solo assicuratore a tutelarsi; ma di pari tempo, ha inciso pesantemente sul terzo elemento fondamentale vale a dire il rischio.

Invero il contratto di assicurazione realizza il trasferimento da un soggetto (l'assicurato) ad un altro soggetto (l'assicuratore) delle conseguenze negative derivanti dall'accadimento di un evento futuro ed incerto.

Non a caso l'evento di danno che provoca l'obbligazione risarcitoria, o di indennizzo, è usualmente definito "sinistro", felicemente definito anche come "la realizzazione del rischio".- La Policy giurisprudenziale, come è dato di generale conoscenza nella specifica materia, ha dilato l'area del danno e l'area del risarcibile; ha quindi modificato la tipologia dell'interesse reciproco all'assicurazione; ha sostanzialmente dissolto il concetto di rischio che, da evento futuro ed incerto, nella dilatazione dei concetti (ad esempio: nesso, più probabile che non, chances, oneri probatori invertiti ecc) è diventato per l'assicuratore un dato certo ed ingovernabile.

L'effetto tangibile di cotale situazione, imposta da "Roma lo-

cuta”, non si è fatto attendere: le imprese assicurative hanno abbandonato o tendono ad abbandonare il mercato.

Oggi disertano tutte le gare per assunzione delle coperture degli ospedali.

3. Cenni di Censura del sistema assicurativo.

Non che il mondo assicurativo sia immune da censure. Anzi! Nel volgere di alcuni anni si è costituito un oligopolio di imprese (Gruppo Generali, Gruppo Unipol, Gruppo AXA, Gruppo Allianz e pochi altri) che di fatto ha abolito la concorrenza (pur così elogiata da qualche politico, o dagli economisti) provocando un appiattimento di prodotti assicurativi ai quali è conseguita:

- una generale riduzione delle garanzie assicurative;
- un sostanziale aumento dei premi assicurativi.

Dando per scontati i concetti, il prodotto claims, in luogo del loss, e la scaletta di riduzione delle prestazioni assicurative, in riferimento ai primi 5 -10 punti di invalidità nelle polizze infortuni, ne sono segni rilevatori evidenti.

La globale carenza di informazione all’utenza nel passaggio dal loss al claims è di piena conoscenza agli esperti del settore: io stesso ho dovuto spiegare il prodotto a tanti Agenti di assicurazione che ogni giorno vendevano polizze con clausola claims. Né l’allora Ministro Bersani, né i successivi Ministri dell’economia, e neppure il Prof. Monti così sensibile alla concorrenza hanno ritenuto di volersene/potersene/doversene occupare. Eppure i legislatori di altri stati (Spagna, Belgio e Francia) si erano dati carico del problema claims sia pure con soluzioni non sempre univoche.

4. Le linee guida per un sistema assicurativa efficiente.

Un corretto sistema assicurativo, che in Italia esiste soltanto in riferimento alla RC auto e natanti, alle cui disposizioni è modellata anche la assicurazione obbligatoria della caccia, necessita di strumenti che consistono principalmente:

- nella obbligatorietà dell’assicurazione in generale;
- nella copertura di ogni soggetto comunque danneggiato, (escluso il conducente del veicolo nell’RCA);
- nella fissazione di massimali minimi obbligatori inderogabili;
- nell’obbligo delle imprese a contrarre;
- nella possibilità di azione diretta contro l’assicuratore;
- nella impossibilità di sollevare al danneggiato eccezioni di natura contrattuale entro il massimale di polizza;
- la costituzione di un fondo vittime (della strada), obbligato ad intervenire (tramite l’impresa designata) in talune ipotesi liquidazione coatta dell’impresa di assicurazioni; danni recati da veicoli sconosciuti; da veicoli non assicurati; da veicoli sottratti al proprietario e che circolano contro la di lui volontà.

Soltanto cotali condizioni rendono effettiva la tutela del soggetto danneggiato nell’ipotesi di responsabilità civile. Ovviamente, le ipotesi di “infortunio” privato possono non meritare una così accertata tutela, poiché la scelta dell’impresa è riservata alla libera contrattazione e nulla impedisce a chi vuol assicurarsi al meglio contro gli infortuni di essere più attento e più diligente. Del resto, nelle regole, più si paga, meglio ci si assicura.

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

5. Indagini Storiche del sistema assicurativo nella sanità.

Anticipato dalle suddette necessarie premesse metodologiche è in discussione l’assetto assicurativo programmato con il D.L. 158/2012 (Balduzzi) e dalla L. di conversione n. 189/2012.

“Roma locuta” ha già argomentato per sostenere che in ogni

caso “causa est finita” (v. Sent. N. 4030/2013 in Diritto e Resp. 2013,367).

Qualche Giudice di merito, invece, ritiene che esista ancora la separazione dei poteri e delle funzioni.

All’Avvocatura tutto serve: l’economia continua a girare con, o senza, l’assicurazione obbligatoria o facoltativa del medico, che continuerà ad essere una ambita preda risarcitoria, o della struttura che continuerebbe ad essere responsabile nel disegno giurisprudenziale (non normativo) creato con riferimento agli artt. 1218, 1228 c.c.

Peraltro pur apparendo documento che il decreto Balduzzi tenta di ripristinare il sistema della centralità della colpa (il magistrato torinese con la decisione 26/2/2013 in Danno e Resp. 2013, 373 scrive che l’art. 3 cambia il diritto vivente e che in tutti i casi in cui il medico sia chiamato a rispondere del suo operato, che questo sia o no penalmente rilevante, il richiamo all’art. 2043 c.c. significa che la responsabilità è solo extra contrattuale: e questo getta alle ortiche la concezione del contatto sociale. Forse lo trasferiranno in Siberia a fare autocritica) probabilmente la situazione, quanto meno nel breve periodo, resterà invariata ed anche ciò renderà ragione degli interventi assicurativi che il decreto e la legge di conversione tentano di produrre.

La necessità di un intervento legislativo che per essere efficace dovrebbe produrre l’assetto sopra indicato ha origine antiche, ma ha ricevuto sempre sviluppi contraddittori che potrebbero destare anche facile ironia se la situazione non fosse per i medici drammaticamente seria.

- a) il DPR 10/1/1957 n.- 3 prevedeva una responsabilità del pubblico dipendente solo in caso di dolo o colpa grave;
- b) la normativa sulle scuole statali surroga la responsabilità degli insegnanti che rimane a carico dello Stato;
- c) nel testo della legge Istitutiva del SSN anche tutto il personale sanitario avrebbe dovuto rispondere solo in caso di dolo e/o colpa grave.

L’ordinamento sembrava, quindi, muoversi nel senso che il pubblico dipendente (forse anche per i non certo edificanti salari) rispondesse solo in caso di dolo o colpa grave.

Ciò non è piaciuto agli Ermellini e la “scriminante” sanitaria è stata circoscritta al solo personale amministrativo (in una causa da me seguita credo a metà degli anni ’80 il Tribunale di Genova aveva enunciato il contrario): evidente, pertanto, che il disegno, conclusosi con la sentenza n. 589/99 della Cassazione, aveva antica concezione, nonostante l’affermazione di imparzialità che contraddistingue l’attività giurisdizionale, che, mi pare, in scarsa armonia (in ipotesi) con la costruzione degli oneri probatori a carico di un soggetto nella perdurante validità dell’art. 2236 c.c.

Palese, con la costruzione del vincolo contrattuale da contatto sociale, il malumore dei sanitari che devono stare in servizio anche 12/16 ore continuative, e non possono rinviare il paziente alle calende greche o a data da destinarsi.

Nel mentre l’obbligo assicurativo veniva meno nelle disposizioni successive a quella istitutiva del S.N.N. (1969), la contrattualistica collettiva suppliva al sistema positivo concordando l’obbligo delle Aziende di garantire con adeguata copertura assicurativa sia la responsabilità dei dirigenti di area medica (art. 21 contratto Collettivo Nazionale Dirigenza Medica); sia quella dei dipendenti in genere (vedi art. 25 contratto Collettivo Nazionale comparto sanità).

L’ambita preda risarcitoria, sempre sotto pressione, ha cercato un aiuto legislativo, ed una flebile luce si è delineata nel d.d.l. 15/5/2002, n. 108, presentato dal forzista Sen. Tomassini, esaminato dalla Commissione Igiene e Sanità presso il Senato ed approvato il 15/5/2002 in sede referente.

“Nell’ottica sia di attenuare la pressione psicologica e l’animo a volte vendicativo del paziente nei confronti del sanitario, sia di accelerare la soluzione delle vertenze giudiziarie, afflitte dal generale rallentamento della giustizia; sia di garantire che gli Esperti chiamati ad esprimere un parere, spesso determinante in tema di responsabilità medica, siano all’altezza della situazione”, il disegno Tomassini prevedeva nei suoi aspetti più salienti:

a) di far ricadere tutte le responsabilità per i danni subiti in conseguenza dell’esercizio delle attività sanitarie in struttura privata o pubblica, non sul sanitario, ma a carico della sola struttura medesima senza alcuna indagine, nell’ipotesi di attività di una équipe, finalizzata alla identificazione del reale responsabile”. L’art. 1 del disegno prevedeva, infatti, che la responsabilità civile estesa a tutte le prestazioni erogate (anche diagnostiche ed ambulatoriali) per danni a persone causati dal personale medico e non medico, occorse in struttura ospedaliera, pubblica o privata, è sempre a carico della stessa. Di riflesso, nessuna azione risarcitoria avrebbe potuto essere intrapresa nei confronti del sanitario, o del personale ausiliario, salva l’azione disciplinare e la rivalsa dell’Ente (tramite la Procura della Corte dei Conti) nel solo caso di dolo. b) che - ex art. 2 - tutte le strutture sanitarie, pubbliche o private, non potessero esercitare l’attività se non coperte, dall’assicurazione obbligatoria per la RC nei confronti degli assistiti.

La caduta della legislatura e la scarsa volontà politica non sono riuscite ad ultimare il programma. E la flebile luce si è subito spenta.

È così intervenuta una sinergia “di Dotti” che hanno realizzato uno schema di testi unificati (in realtà più di uno), ma soprattutto di uno maturato in seno alla 12esima Commissione permanente della 16esima legislatura, quale risulta dal resoconto sommario n. 79 del 25/3/2009.

In sintesi, nello schema di cotale testo unificato (disegni 6, 50, 352, 1067, 1182) si prevedeva la Resp. Civile sempre a carico della sola struttura; poteva essere svolta azione disciplinare contro i dipendenti che avessero agito con dolo e solo nella ipotesi di dolo poteva essere proposta una azione di rivalsa.

Nell’ipotesi, invece, di colpa grave per imperizia e negligenza, valutate con sentenza passata in giudicato, poteva essere prelevata una quota parte dello stipendio e solo per qualche anno con trattenute equitative (più o meno quanto potrebbe essere a carico dei Giudici, ove mai si trovasse un danno ingiusto e si scoprisse non si sa da chi, una colpa grave, con negligenza inescusabile; l’interpretazione, anche la meno convincente, assorbirebbe qualunque ipotesi del dolo che nessuna autorità giudicante o scientifica ha mai ritenuto di poter catalogare): non così per i giornalisti.

Quello che qui conta è che il titolo del rapporto veniva definito come “contrattuale” e la stipulazione di una polizza assicurativa, in coerenza con le linee guida, sarebbe stata condizione necessaria per l’accreditamento o la convenzione dell’ente o della struttura privata per il finanziamento delle attività di istituto per le aziende del S.S.N.

Poiché nessuno ci ha mai creduto seriamente, l’indicazione del titolo della responsabilità sarebbe stato “contrattuale”, ma a ridotta prescrizione, ulteriore conferma dello scarso convincimento scientifico nella tesi contrattualistica.

Nell’ambito di tale disegno per la prima volta si parlava della costituzione di un Fondo di garanzia con la sostenibile possibilità delle Regioni di agire in autoassicurazione; ed anche per i danni da alea terapeutica che avrebbe sgravato la giurisdizione di tanti affanni.

Forse perché le commissioni parlamentari ed il parlamento facevano parte di organismi che non si conoscevano; oppure per

doveroso ossequio alle divergenze “parallele” tipicamente italiane nel mentre le Commissioni studiavano un percorso, la legge finanziaria 2007 travolgeva tutto, consentendo agli Enti Pubblici e con essi alle Aziende di stipulare soltanto polizze della RC a copertura del rischio della sola colpa lieve.

Era, inoltre, sancito di nullità e di sanzioni pecuniarie ogni contratto di assicurazione a copertura del rischio della colpa grave a decorrere dal 30/6/2008.

Il quadro era ancora più imbarazzante, poiché era molto incerta l’ampiezza della platea territoriale e dei soggetti non assicurabili per colpa grave. Non solo: nella nostra materia, i medici, per legge giurisprudenziale, rispondevano per mero inadempimento.

A dare una mano sono prontamente intervenuti alcuni interventi chiarificatori delle Corti dei Conti che, sparando sulla croce rossa, hanno ritenuto che qualunque soggetto dipendente rientrasse nel concetto di persona non assicurabile per colpa grave: e più precisamente, sono intervenute la deliberazione n. 57 del 22/7/2008 della Sezione Regionale di Controllo della Corte dei Conti della Lombardia e la Deliberazione n. 3 del 27/1/2009 della Sezione Regionale di Controllo della Corte dei Conti Emilia - Romagna, nonché la Sentenza Corte dei Conti Sezione I Centrale n. 394/2008/A che hanno fornito autorevoli chiarimenti in ordine all’interpretazione della norma ed indicazioni sull’impostazione delle coperture assicurative, secondo il seguente schema:

- la norma si applica alla Responsabilità Amministrativa;
- la norma non stabilisce l’inassicurabilità assoluta della Responsabilità amministrativa, che è invece assicurabile, purché con oneri a carico degli assicurati stessi attraverso un contratto personale, separato da quelli eventualmente stipulati dell’ente pubblico di appartenenza.

La stipulazione o il rinnovo, successivi al 30/6/08, delle polizze da parte degli amministratori, in violazione della norma, comporta l’applicazione delle sanzioni pecuniarie e la nullità assoluta del contratto.

Scenario determinatosi a seguito dell’emanazione della norma è quindi il seguente:

- L’ente pubblico di appartenenza non può prestare la propria contraenza per stipulare una convenzione assicurativa in favore dei propri dipendenti;
- viene meno la funzione di “soggetto aggregatore” della necessità assicurativa dei propri dipendenti svolta fino a quel momento dall’ente pubblico;
- il singolo dipendente deve provvedere autonomamente alla stipula di una polizza individuale per la colpa grave;
- rappresentando autonomamente la propria necessità al mercato assicurativo viene meno il potere contrattuale del singolo che spesso deve adeguarsi a soluzioni non ottimali in termini di garanzie e costi offerti dal mercato sotto forma di polizze assicurative.

Di conseguenza oggi lo stato dell’arte è che:

- a) la struttura può assicurarsi solo per garantire la colpa lieve;
- b) il medico deve assicurarsi in proprio per garantirsi dal rischio della colpa grave;
- c) tutti i professionisti, quali essi siano, a decorrere dal 13/8/2013 dovranno essere comunque assicurati a copertura della RC professionale.
- d) a fronte di una prestazione inquinata da colpa grave che per i Giudici prima dell’intuizione contrattuale, era la regola, è doveroso il rapporto alla Procura della Corte dei Conti per il recupero delle somme rappresentanti un ipotetico danno erariale. Nel dubbio quindi, è prudente il comportamento delle amministrazioni pubbliche di mandare notizia di ogni pagamento alla

Corte dei Conti, anche a tutela personale del funzionario che materialmente provvede al pagamento.

Senonché restano da risolvere non pochi problemi perché:

- 1) le imprese di assicurazione disertano tutte le gare (oggi divenute obbligatorie) non intendendo assumere il rischio derivante dalla copertura della RC degli enti sanitari;
- 2) solo poche imprese assicurano i medici con premi di assicurazione sensibilmente aumentati con contratti claims e sono quasi sempre disdettati alle prime avvisaglie di sinistro;
- 3) in modo silente sono stati piazzati solo contratti con il sistema claims nella generale ignoranza della collettività e nella indifferenza del sistema e degli organi preposti alla tutela dei consumatori nei servizi resi all'utenza.

Neppure la giurisprudenza coglie il pericolo per il lungo periodo: forse, se fosse interessata in proprio, sarebbe un po' più attenta evitando intuizioni creative che incideranno pesantemente sul consumatore soprattutto allorquando ognuno di noi andrà in pensione, con la sola speranza di poter ottenere una postuma "sanset clause": ma solo se sarà esperto della materia, cosa rara che nella media dei casi darà una ultra attualità della garanzia, ma solo per 2 o 3 anni e pagando un ulteriore ed alto premio; e ciò a fronte di una prescrizione certamente decennale, e che "Roma locuta" sposta ogni giorno in avanti. Non pare, quindi, un sistema molto adeguato e la insensibilità della Giurisprudenza (anche nei nostri confronti) parrebbe imbarazzante.

7. Il richiamo alla professionalità del medico legale.

In questo contesto, nel pubblico, vale a dire in riferimento alle strutture le quali come è noto devono rispondere per l'intero ex artt. 1218, 1228, 2043, 1249 c.c. anche per l'operato del medico, abbiamo una sperimentazione di gestione diretta del rischio, da parte di alcune regioni, in due forme:

- a) a sistema totale: Liguria Toscana...
 - b) a sistema misto, Piemonte, Emilia, Basilicata, Friuli, Veneto...
- Da informazioni, non ancora verificate, sembrerebbe che l'adesione delle Regioni alla autogestione totale del rischio sia in aumento. Del resto, anche il sistema misto è inquinato da limitazioni di garanzia; aumenti di premio; disdette da parte delle compagnie, ma soprattutto da franchigie frontali o aggregate, raramente inferiori al milione di Euro: ciò è come dire che non si è sostanzialmente assicurati.

Il sistema ligure prevede la costituzione di Comitati Sinistri locali di gestione dei sinistri che collaborano con un loss adjuster che è, nella sostanza, un liquidatore di sinistri, e di un Comitato regionale sinistri che ha la decisione sulle questioni economicamente più rilevanti superiori a un tot "fisso", e decide con parere obbligatorio nei casi di conflitto tra gestione locale, adjuster, ed ASL.

Il sistema, dopo la fase di costituzione, ha intrapreso a marciare alacramente dopo aver anche contribuito alla redazione/ integrazione delle linee guida regionali.

Certamente se il sistema consentirà di risparmiare rispetto ai costi assicurativi precedenti (diversi milioni di Euro annui) avrà comunque ottenuto un risultato positivo.

Ad ogni pagamento di sinistro, per conforme e comune opinione, verrà fatto rapporto alla Procura della Corte dei Conti: non pare, infatti, dovere degli organi di amministrazione attiva o consultiva svolgere il lavoro del sig. Procuratore.

Tuttavia veramente palpitante è il dramma del medico pubblico che, per vivere sereno, pur lavorando con orari largamente impegnativi, e spesso senza adeguata retribuzione per gli straordinari, che aumenta anche il rischio professionale, è costretto a ricercare sul mercato un assicuratore che può reperire solo con il sistema claims, con tutte le insidie che

esso comporta e che è un sistema che il Magistrato spesso valuta pensando solo all'oggi, ma con un evidente annebbiamento per il domani, e con costi impressionanti.

Di ciò sembra avere preso atto il Ministro Balduzzi cercando di mutare la rotta sia nei profili di responsabilità "an centralità della colpa", che non sembrano riscuotere gli entusiasmi dei Giudici di vertice ai quali indubbiamente piace anche creare leggi; sia sui profili del "quantum", con il richiamo agli artt. 138, 139 del codice delle assicurazioni che oggi tutto sembrano meno che uno *ius singularis*, come piace affermare.

"Roma locuta" ha già manifestato il suo dissenso: indubbiamente è poco gradito l'intervento del legislatore. È, quindi, prevedibile che faccia quanto è in suo potere per diminuire il nobile intento del decreto, che è quello del contenimento dei costi per mantenere un servizio accettabile. Una logica perversa ogni tanto si realizza. Nel nostro ambiente si aumentano i contributi unificati, si impongono balzelli provi di logica (ad esempio nella chiamata di terzo quando il convenuto si limita ad una *laudatio auctoris*); si impone anche un contributo per l'appello incidentale; un contributo sanzionatorio se il gravame viene respinto: ma non si prevede la restituzione se il grave viene accolto (segno evidente che l'errore non fu della parte): il che è come dire che i non pochi danni di produzione giurisdizionale devono sempre gravare solo sul cittadino. E ci può anche stare.

Nel sistema sanitario, che in base all'art. 32 della Cost. non ha minore dignità della funzione giurisdizionale, con una motivazione jolly (che non è sempre nero, ma che è certamente nero per i medici) si crea un contatto sociale che prevedrebbe una responsabilità di natura contrattuale.

Peraltro le 20 righe che sono il punto focale della motivazione della sentenza n. 589/99 possono descrivere medici, insegnanti, docenti, giudici, ed anche taluni rapporti di fatto.

Con uno *ius singularis* negativo il diritto vivente pone tutto solo a carico del povero medico, che potrebbe neppure trovare una copertura assicurativa, e che è certamente obbligato a garantirsi per la colpa grave, che i giudici, prima della intuizione della tesi contrattualistica, intravedevano sempre: e qui forse avevano ragione.

Il tentativo del ministro Balduzzi è quindi lodevole, ma di dubbio esito e comunque prevede tempi molto lunghi.

A. Il secondo comma del decreto e della legge di conversione, che riguardano specificamente il contratto assicurativo è molto più interessante per quello che non dice, rispetto a quanto afferma: forse perché tanto è ancora in fieri in quanto domanda a un DPR che dovrebbe essere adottato entro il 30/6 su proposta del Min. della Salute, sentita l'ANIA, sentite le Federazioni dei medici e dei sanitari e, (udite cives!) sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative delle categorie professionali al fine di agevolare l'accesso alla copertura assicurativa in conformità a ben determinati criteri.

B. La parte iniziale del secondo comma, dopo l'euforia del contenimento dei costi dell'autogestione [che è un fattore naturale agli inizi, poiché i danni che si definiscono oggi sono a carico delle imprese, mentre quelli che oggi si producono saranno a carico del fondo regionale solo a pieno regime, e cioè fra 2 o 3 anni] con il richiamo alle organizzazioni sindacali (ricordate gli artt. 21 del c.c.n.l. dirigenza medica e 25 della c.c.n.l. comparto sanità?) lascia intendere che l'Ente non potrà mai assicurare i medici per colpa grave (e così conformemente alle legge finanziaria del 2007); sarà quindi loro dovere assicurarsi e non potendo gravare sulle casse pubbliche.

Nulla, però, vieterà alla contrattazione sindacale che è implicitamente già prevista dal decreto, di imporre l'aumento della retribuzione dei medici in misura più o meno coerente con i costi delle polizze di assicurazioni.

Come è tipico di questo Stato tutto cambia, ma in un periodo più o meno breve tutto ritorna come prima.

Infatti, considerate le crisi di vocazione e le agitazioni dei medici, che cominciano ad avere percezione della loro potenza e della criticità del sistema (ricordo che personalmente già nel 2004/2005 ad un convegno in Sestri Levante, sulle proteste d'anca, avevo loro comunicato: "non siete stanchi di essere trattati come zerbini?, non avete pari dignità sociale di chi vi condanna tutti i giorni?) il Ministro Balduzzi disponeva, e la legge di conversione ha confermato, che l'emanando DPR debba:

a) determinare i casi nei quali prevedere l'obbligo in capo ad un fondo appositamente costituito di garantire idonea copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie. Ciò intuitivamente significa che determinati rischi e determinate attività sanitarie (Ginecologia? Oncologia? Chirurgia?) dovranno essere sempre assicurate.

b) che il fondo dovrà essere finanziato dal contributo dei medici che ne facciano richiesta in misura definita in sede di contrattazione collettiva (forse il nostro pensiero non è lontano dalla realtà ipotizzando che il costo della polizza troverà un totale o parziale ritorno contrattuale) e con ulteriore contributo a carico delle imprese autorizzate a concludere contratti di RC.

Ciò sta a significare che cotale ulteriore contributo, previsto nella misura del 4% del premio, venga prelevato dai corrispettivi pagati agli assicuratori, e forse solo da coloro che si assicureranno in materia sanitaria e quindi dai soli medici; ma ciò vuole anche dire, poiché nessuno dà soldi per nulla, che i premi assicurativi aumenteranno.

c) l'individuazione del gestore del fondo, che avrà certamente di valenza pubblica il sistema ma senza alcun onere diretto per le casse pubbliche, salvo quanto sopra, in via indiretta.

d) in materia, infine, il decreto Balduzzi prevedrebbe la impossibilità delle imprese di assicurazione di recedere dai contratti, condizionando cotale possibilità, con una affermazione rinnegante, tipica del politichese, alle sole ipotesi di reiterata condotta colposa (quindi più di una) accertate con sentenza passata in giudicato....

Nella vicenda "del più probabile che non", da me gestita, la sentenza definitiva è intervenuta dopo 27 anni: superfluo ogni commento.

Si dubita seriamente che il non ancora emanato decreto possa avere qualche spazio di sentita credibilità.

In questo contesto assicurativo, certamente dovrebbero avere grande valenza il secondo ed il terzo comma finalizzati al contenimento dei costi, che in questo momento storico dovrebbe essere principi di *ius generalis*, e non di *ius singularis* come talvolta piace alla giurisprudenza di vertice: però a volte piace privilegiare i lavori preparatori alla legge, a volte l'interpretazione sistematica, a volte l'interpretazione evolutiva .. le conseguenze sono ancora di difficile percezione. Se, Roma Locuta confermerà il suo orientamento potrebbe valorizzare la responsabilità contrattuale della struttura, come ha già scritto la citata sentenza dello scorso marzo; ed una responsabilità aquiliana dei medici per il testuale richiamo all'art. 2043 c.c..

Usando però le parole del magistrato torinese dovrebbe "gettare alle ortiche" quanto ha affermato nei principi... .

8) Infine, sempre nell'ottica del contenimento dei costi, il giudice di merito dovrebbe darsi carico anche del perché il decreto ha ritenuto di parlare dei consulenti ai quali, a mio giudizio, si impone una richiesta di migliore professionalità. Compreniamo il sentimento simpatetico che può destare un malato, tuttavia non è consono dover leggere ogni giorno relazioni di consulenza che sono una offesa al comune senso intellettivo di ogni operatore.

Né poi si comprende perché le pagine introduttive della Guida Simla (e di altre analoghe) debbano essere materia inesplorata dai nostri consulenti.

Riesce, infatti, difficile comprendere come si possa riconoscere una ITT per la lesione di una falange di un solo dito della mano sinistra, perché si debba parlare di danno differenziale quando una vicenda al massimo è coesistente: se io ho male ad un ditino, il resto del corpo cosa fa?

Perché poi il Giudice non risponde mai ad una nostra domanda così semplice?

Perché non modificare i quesiti facendo precisare cosa possa fare il periziando a 5, 10, 15, 20 gg. dal trauma: se dovesse un Magistrato pagare € 120 al giorno di ITT per ogni giorno di una lesione di una falange di un soggetto leso dal suo bambino troverebbe adeguata motivazione nel testo della consulenza o delle sentenze che si leggono ogni giorno? Se tutte le suddette circostanze venivano considerate, tutto darebbe un nuovo slancio al sistema, ed una nuova cultura medico legale.

La simpatia non è un valore interpretativo, e il sistema, come indicano le linee guida, tende al risanamento dell'economia, che mal si attaglia alle voluntates di Roma e di Milano che, come afferma Metternich, quando starnutiscono comunicano il raffreddore all'Italia intera.

Il contratto di skipass

Waldemaro Flick

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. Introduzione. - 2. L'interpretazione tradizionale della responsabilità per i danni occorsi in ambito sciistico. - 3. L'evoluzione della concezione della responsabilità del gestore degli impianti e il suo inquadramento contrattuale. - 4. L'intervento del legislatore: la legge 363/2003. 5. L'evoluzione giurisprudenziale alla luce del portato normativo. - 6. Conclusioni.

1. Introduzione.

Lo sci alpino è stato oggetto di una profonda evoluzione dagli inizi del ventesimo secolo, passando da essere considerato sport d'élite fino a coinvolgere numeri importanti di appassionati, che oggi si stimano in circa 4 milioni in Italia, 20 milioni in Europa e 60 milioni nel mondo (1).

La concezione di montagna degli sciatori di inizio secolo non poteva essere più che diametralmente opposta a quella odierna. Allora quando pochi gruppi di persone si avventuravano in montagna anche d'inverno, risalivano sulle cime con gli sci muniti di pelli di foca. Infatti all'epoca non vi erano mezzi di risalita per sciatori, né piste da discesa predisposte; di conseguenza non si poneva alcun problema di natura giuridica in caso di danni alle persone dovuti alle insidie o all'accidentalità del terreno e lo sciatore, andando in montagna, si assumeva tutte le responsabilità e accettava il rischio (2) insito in tale attività.

Con il progressivo aumento del numero di persone che praticavano tale attività nacquero le prime stazioni sciistiche con impianti di risalita a fune che, dietro il pagamento di un *quantum*, permettevano agli utenti di diminuire il tempo di risalita e, soprattutto, eliminare la grande fatica dell'ascensione. In questo modo lo sciatore poteva dare più spazio e rilievo alla discesa, che restava pur sempre una libera scelta, sia per quanto riguarda il tracciato, che per la sicurezza.

Negli ultimi quarant'anni il progresso tecnologico, il diffondersi del benessere e l'aumento delle capacità finanziarie e del tempo libero hanno avvicinato alla montagna invernale enormi masse di persone, trasformando completamente lo sport dello sci, destinato non più a pochi ed audaci atleti, ma ad un numero sempre maggiore di turisti "cittadini", mediamente poco dotati di conoscenze e capacità sia tecnico-sciistiche sia relative alla montagna stessa, spesso anche fisicamente poco preparati, che esercitano l'attività sportiva semplicemente a livello amatoriale, privi di velleità agonistica alcuna (3).

Al crescente interesse verso la montagna da parte delle masse cittadine, purtroppo, non vi è stato un corrispondente interesse da parte del Legislatore nazionale, a differenza di quello regionale che, invece, è copiosamente intervenuto in materia (come meglio specificato nel prosieguo della trattazione), seppur disegnando una conseguente disciplina disomogenea sul territorio statale. L'attuale sciatore ha a disposizione, nel solo arco alpino, circa 1.500 impianti di risalita, che servono 40.000 piste per una estensione di 120.000 chilometri. La capacità di portata oraria di un impianto è aumentata in modo straordinario: da una media di duecento persone nel 1960 alle mille dei nostri giorni (4). L'elevato numero di praticanti ed il complicato intreccio di interessi che gravitano attorno al mondo dello sci hanno posto, con urgenza sempre maggiore, problemi di regole e, più in generale, di governo e disciplina del fenomeno (5).

2. L'interpretazione tradizionale della responsabilità per i danni occorsi in ambito sciistico.

L'identificazione del tipo di relazione intercorrente tra il gestore degli impianti sciistici e gli utilizzatori degli stessi è stata oggetto di grande attenzione e profonda analisi da parte della dottrina e della giurisprudenza, a seguito della diffusione dello sci quale sport di massa.

Fino alla fine degli anni '80 il contenzioso relativo alla responsabilità dell' esercente l'impianto di risalita era relativo quasi esclusivamente ai danni occorsi in fase di ascesa.

Vi era in passato una considerazione differenziata degli obblighi gravanti sulla società impianti a seconda che il danno si fosse verificato in fase di risalita o di discesa.

L'opinione comune era, infatti, che, mediante l'acquisto dello skipass, si stipulasse con il gestore dell'impianto di risalita un vero e proprio contratto di trasporto (6), sicché, qualora il passeggero avesse subito danno alcuno in fase di risalita, l'onere di dimostrare di aver assunto tutte le possibili cautele atte a prevenire l'evento, sarebbe gravato sul vettore (7). Ovviamente tale connotazione del rapporto appariva a favore dello sciatore (8).

Una parte della giurisprudenza distingueva ulteriormente in base al tipo di impianto di risalita utilizzato. Si configurava un ordinario contratto di trasporto, ex art. 1678 c.c. (9), qualora il mezzo fosse stato un'ovovia, seggiovia o funivia in quanto il trasporto poteva essere fine a se stesso e l'attività sportiva connessa all'uso del mezzo non essenziale (10).

A fronte, invece, dell'utilizzo di una sciovvia o skilift, data la necessità di un elevato grado di collaborazione tecnica del trasportato che deve essere specificamente equipaggiato e difficilmente è un non-sciatore, la giurisprudenza configurava un contratto atipico di trasporto (11). La differenza con il contratto ordinario risiedeva proprio nella necessaria partecipazione attiva del trasportato, elemento che non avrebbe quindi reso applicabile la presunzione gravante sul vettore ex art. 1681 c.c. (12); il suddetto contratto atipico imputava, quindi, al gestore la responsabilità per la manutenzione e la custodia sia dell'impianto in sé sia della pista di risalita (13), con frequenti controlli e interventi. Il vettore avrebbe risposto dei danni occorsi allo sciatore soltanto se fosse risultata provata (da quest'ultimo) la violazione del canone di diligenza richiesto dall'attività svolta e quindi, per i danni che fossero stati la conseguenza diretta della mancata adozione delle misure cautelari necessarie (14).

Così la Suprema Corte argomentava "Il contratto di trasporto, regolato dall'art. 1678 cod.civ. e segg., implica che la persona trasportata sia sorretta (o "portata") interamente dal mezzo di trasporto e non presti, quindi, alcun ausilio fisico al proprio trasferimento da un luogo ad un altro, restando completamente affidata al mezzo e, quindi, al vettore, che, di conseguenza, soggiace all'onere probatorio particolarmente rigoroso previsto dall'art. 1681 cod.civ. Con la sciovvia la persona dello sciatore viene, invece, trascinata in salita lungo un pendio innevato, sul quale deve sostenersi a mezzo degli sci, collaborando in tal modo fisicamente all'operazione del proprio trasferimento ed assumendone, quindi, in parte anche i rischi. Il contratto di utenza di sciovvia si configura, pertanto, come contratto atipico, al quale non possono applicarsi - neppure per analogia - le norme sul trasporto, mancando l'affidamento completo della persona al congegno di traino ed a chi lo manovra" (Cass. civ. sez. III, 10/05/2000, n. 5953).

Questa distinzione tra i mezzi di trasporto, nonostante sia stata autorevolmente sostenuta, ha suscitato perplessità. Infatti il contratto di trasporto delinea un'obbligazione di risultato di "trasferire persone o cose da un luogo all'altro", rilevando esclusivamente la realizzazione del trasferimento e non lo sforzo strumentale a tale realizzazione.

Il tentativo di differenziazione non trovava, riscontro alcuno nel

dato normativo. L'art. 1681 c.c. non garantisce una tutela maggiore a chi si affidi totalmente al vettore e ai suoi mezzi per il trasporto; in entrambe le situazioni delineate l'obbligo assunto dal vettore è trasportare l'utente sano e salvo da valle a monte.

Quindi, qualunque sia stato il mezzo prescelto per la risalita, il vettore, quale prova liberatoria ex art. 1681 c.c. (15), deve dimostrare di aver adottato in concreto tutte le misure cautelari idonee a garantire la sicurezza degli sciatori (16).

In relazione, invece, agli incidenti occorsi agli sciatori nella fase della discesa sulle piste, in passato si sosteneva fosse necessario distinguere l'effettivo contenuto dell'obbligazione del vettore/gestore degli impianti, cioè se quest'ultimo si fosse obbligato al solo trasporto oppure anche per una prestazione più ampia di servizi. Per cui, qualora il danno si fosse verificato nella fase di discesa con gli sci, la responsabilità eventuale si sarebbe potuta configurare a carico del gestore solo extracontrattualmente (17). Ne derivava l'inversione dell'onere della prova a carico dello sciatore infortunato.

In questi termini si delineava complicata la possibilità effettiva di poter ottenere un risarcimento per il danno patito dal soggetto leso.

Si riteneva infatti che il contratto stipulato con il gestore degli impianti riguardasse solamente il trasporto da valle a monte, e quindi non potesse estendere i suoi effetti alla successiva fase di discesa (18). Era ritenuto impossibile ravvisare un unico rapporto giuridico e di responsabilità in capo al gestore degli impianti per l'infortunio occorso allo sciatore una volta terminata la risalita (19).

L'obbligazione del vettore si considerava esaurita nel momento in cui, concluse le operazioni di sganciamento, terminava la spinta derivante dal mezzo di trasporto (20), derivandone quindi l'impossibilità di configurare una responsabilità contrattuale (21) dello stesso in un momento successivo (22).

Altra circostanza favorevole all'esclusione di un'allargata responsabilità contrattuale del vettore era data dal fatto che la pista venisse percorsa dall'utente con mezzi propri e autonoma determinazione e che peraltro, l'accesso al tracciato non fosse limitato ai soli soggetti che avessero usufruito del servizio di risalita, ma a qualsiasi soggetto, indipendentemente dal mezzo utilizzato per arrivare a monte.

È palese la discrasia tra la tutela dello sciatore che abbia riportato un danno nella fase della risalita e uno che l'abbia riportato durante la discesa.

Secondo dottrina e giurisprudenza lo sciatore poteva quindi agire nei confronti del gestore delle piste/società impianti per far valere la loro responsabilità ex artt. 2043, 2049, 2050 e 2051 c.c. (23)

La responsabilità del gestore ex art. 2043 c.c. (24) è imputabile per violazione del principio generale del *neminem laedere* entro i limiti che la stessa Suprema Corte ha delineato in una recente sentenza, secondo la quale considerando la pericolosità propria sia dello sci in sé, sia delle piste per loro connotazione naturale, per ravvisare la responsabilità del gestore è necessario che il soggetto leso dimostri una condotta colposa dello stesso. Deve cioè essere fornita la prova che il gestore non abbia provveduto a predisporre idonee protezioni e segnalazioni (25).

La maggior parte delle decisioni giudiziali in materia di responsabilità del gestore ex art. 2043 c.c. si fondano, su un rapporto di causalità omissiva, che consiste per lo più in difetti di manutenzione della pista, insufficiente adozione degli accorgimenti tecnici atti ad evitare la verificazione di situazioni di pericolo (26) o la mancata predisposizione di segnaletica (27).

La responsabilità del gestore ex art. 2049 c.c. (28) viene generalmente applicata come *culpa in vigilando* del gestore sull'ope-

rato dei propri dipendenti, anche se non si esclude possa operare autonomamente a prescindere dall'individuazione di una effettiva colpa del datore di lavoro (29).

La sentenza del Tribunale di Pinerolo n. 507 del 18/10/2000 afferma appunto che la società gestrice "è tenuta a rispondere dei danni cagionati dalla condotta negligente e pregiudizievole posta in essere dai propri dipendenti, sul presupposto di non avere adeguatamente vigilato sul comportamento di questi ultimi". Nel caso di specie il Tribunale metteva in luce come i dipendenti avessero violato le regole dell'ordinaria prudenza e diligenza "che normalmente ci si aspetta da tutti coloro che si occupano di interventi manutentivi sulle piste da sci" avendo con il loro comportamento creato una situazione "di prevedibile pericolo per gli sciatori".

Nonostante non sia univocamente riconosciuta (30) tale per la mancanza di una qualificazione in tal senso da parte delle leggi di pubblica sicurezza o da altre leggi speciali che la connotino tale per l'intrinseca idoneità di causare danni a terzi, l'attività di gestione delle piste da sci può configurarsi come attività pericolosa ex art. 2050 c.c. (31). Il Giudice di legittimità ha cassato con rinvio, per violazione della suesposta disposizione, la decisione di merito che aveva escluso la pericolosità dell'attività di gestione di una pista in base al rilievo che lo sci sia pericoloso solo per chi lo pratica e non anche per il gestore, senza valutare se in concreto l'attività di gestione fosse potenzialmente lesiva dei terzi: "La pericolosità di un'attività va apprezzata, per gli effetti di cui all'art. 2050 c.c., esclusivamente in relazione alla probabilità delle conseguenze dannose che possano derivarne e non anche in riferimento alla diffusione delle modalità con le quali viene comunemente esercitata, che ben potrebbero essere tutte e sempre inadeguate, senza per questo elidere i presupposti per l'applicazione della norma citata. In particolare, con riferimento alla gestione di un impianto sciistico, non è possibile escludere la pericolosità della suddetta attività perché coloro che praticano lo sci non adottano normalmente le cautele che sarebbero opportune, giacché così opinando si assumerebbe a parametro valutativo non già l'attitudine dell'attività a recare danno, bensì il grado di diligenza comunemente riscontrabile, laddove la questione da porsi è se, in relazione alle caratteristiche della pratica sportiva in esame, sia qualificabile come pericolosa l'attività di gestione dell'impianto con riferimento alla necessità di delimitazione della via di imbocco alla sciovvia mediante materiali rigidi infissi nella neve su area sciabile e frequentata da sciatori inesperti" (Cass. civ. sez. III, 26/04/2004, n. 7916).

In questa ipotesi il gestore, per andare esente da responsabilità ex art. 2050 c.c., dovrebbe dimostrare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno.

Altro schema di responsabilità applicabile al gestore degli impianti è quello ex art. 2051 c.c. (32) che si applica in particolar modo ai casi di incidenti causati dall'urto con un pilone, con i sistemi di innevamento artificiale, con alberi o per caduta in buche non segnalate né protette. Il Tribunale di Pinerolo, nella succitata sentenza (33), in applicazione dello stesso riconosceva che il gestore, traendo un'utilità economica dalla predisposizione delle piste, deve considerarle incluse nel complesso delle cose organizzate per il proficuo svolgimento dell'attività d'impresa. Ne deriva, quindi, che la qualifica di custode ex art. 2051 c.c. possa discendere anche da un potere di fatto, purché non occasionale, sul bene stesso; la suddetta qualifica ingenera nei fruitori degli impianti e dell'area sciabile, l'affidamento circa le buone condizioni delle piste e l'assenza di situazioni di pericolo (34).

È chiaro che il mantenimento delle piste sia diventato parte dei beni organizzati per l'esercizio dell'attività d'impresa del gestore, di tale elemento sono testimonianza le prestazioni di preparazione delle piste e la predisposizione di impianti di innevamento artificiale da parte della società impianti. L'evidenza della sussistenza di un rapporto di custodia di fatto, invece, si evince

dalla stretta ed ineliminabile inerenza funzionale tra impianti e terreni sui quali si pratica la discesa con gli sci.

La Corte di legittimità aderisce alla tesi maggioritaria secondo la quale ai fini dell'applicazione dell'art. 2051 c.c. svaluta la distinzione tra cose pericolose e non, basandosi sull'interpretazione teleologica dello stesso, per la quale è inconcepibile che le conseguenze cagionate da cosa inanimata ricadano sul terzo incolpevole che le ha subite, piuttosto che su chi le detiene o comunque le utilizza. Si delinea quindi un'ipotesi di responsabilità oggettiva del gestore, ravvisando nell'art. 2051 una presunzione di colpa superabile solamente qualora il gestore dimostri di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno (35).

Proprio in relazione a quest'ultimo profilo la Corte ha disposto "La responsabilità prevista dall'art. 2051 cod. civ. per i danni cagionati da cose in custodia ha carattere oggettivo e, ai fini della sua configurabilità, è sufficiente che sussista il nesso causale tra la cosa in custodia e l'evento dannoso, indipendentemente dalla pericolosità attuale o potenziale della cosa stessa (e, perciò, anche per le cose inerti) e senza che rilevi al riguardo la condotta del custode e l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza. La responsabilità del custode, in base alla suddetta norma, è esclusa in tutti i casi in cui l'evento sia imputabile ad un caso fortuito riconducibile al profilo causale dell'evento e, perciò, quando si sia in presenza di un fattore esterno che, interferendo nella situazione in atto, abbia di per sé prodotto l'evento, assumendo il carattere del c.d. fortuito autonomo, ovvero quando si versi nei casi in cui la cosa sia stata resa fattore eziologico dell'evento dannoso da un elemento o fatto estraneo del tutto eccezionale (c.d. fortuito incidentale), e per ciò stesso imprevedibile, ancorché dipendente dalla condotta colpevole di un terzo o della stessa vittima. (Nella specie, la S.C., sulla scorta dell'enunciato principio, ha confermato la sentenza impugnata rilevandone l'adeguatezza della motivazione con riferimento all'esclusione della responsabilità da custodia di una società gestrice di un impianto di sci per le lesioni occorse ad uno sciatore conseguenti alla collisione, durante la discesa, con un casotto in muratura per il ricovero di un trasformatore dell'energia elettrica necessaria per il sistema di risalita posto in prossimità della pista, sul presupposto dell'accertata assenza del nesso di causalità tra la cosa e l'evento, invece determinato, così configurandosi un'ipotesi di caso fortuito, dalla condotta colposa della medesima vittima che non aveva osservato una velocità adeguata al luogo e che si era, perciò, imprudentemente portato fino al margine estremo del piazzale di arrivo, risultato comunque sufficientemente ampio, senza riuscire ad adottare manovre di emergenza idonee ad evitare l'urto contro il predetto ostacolo)" (Cass. civ. sez. III, 06/02/2007, n. 2563).

La situazione che si delineava per lo sciatore danneggiato che avesse voluto far valere la responsabilità del gestore degli impianti, appariva chiaramente differenziata a seconda del fatto che la lesione del proprio diritto fosse stata riportata in fase di risalita o di discesa. Infatti mentre nella prima ipotesi si prefigurava una chiara forma di responsabilità contrattuale, nella quale opera una presunzione di colpa del vettore ex art. 1681 c.c. e il danneggiato deve limitarsi a dare prova del proprio titolo (36), nella seconda si assisteva ad un'inversione dell'onere della prova gravante, appunto, sul danneggiato nei casi di responsabilità extracontrattuale.

3. L'evoluzione della concezione della responsabilità del gestore degli impianti e il suo inquadramento contrattuale.

La situazione che si creava appariva quantomeno paradossale: si richiedeva infatti al soggetto leso, magari dolente (se non peggio) per la caduta, di raccogliere tutti gli elementi necessari a fondare una propria pretesa risarcitoria, come ad esempio fare fotografie al luogo del danno e alle tracce sulla neve, o chiedere il

nome dei testimoni o farsi rilasciare un verbale dai soccorritori. Diventava quindi una *probatio diabolica*.

Vi era una netta spaccatura tra la fase della risalita e della discesa, come se l'una non fosse prodromica all'altra (37).

Quindi, dottrina e giurisprudenza hanno cominciato ad indagare l'effettivo rapporto sussistente tra le predette fasi, giungendo a riconoscere un sinallagma contrattuale in base al quale possa instaurarsi un rapporto giuridico con il gestore degli impianti al fine di svolgere l'attività di discesa.

Mediante il ricorso al concetto della presupposizione (38) la giurisprudenza individuava la condizione implicita alla base del contratto di risalita, cioè l'acquisto dello skipass avveniva sul presupposto comune ad entrambe le parti che il biglietto si pagasse non tanto per salire, quanto piuttosto, per poter scendere con gli sci.

Si cominciava a delineare la figura del contratto atipico (39) di skipass in forza del quale, a fronte dell'acquisto dello stesso (40), la società impianti si obbligava a fornire i servizi di risalita nonché l'utilizzo di piste (41) idoneamente messe in sicurezza con la predisposizione della segnaletica di pericolo chiara e comprensibile, l'adozione di misure di protezione e la destinazione delle piste riservate agli sciatori particolarmente esperti (42).

Il gestore degli impianti era pienamente consapevole di offrire una pluralità di servizi oltre a quelli di trasporto, soprattutto quando promuoveva questi ultimi mediante la prospettazione delle piste raggiungibili con gli stessi.

Tutto quanto premesso ne derivava un'obbligazione in capo al gestore di approntare idonee piste per la discesa, mantenendole in buono stato in modo da non esporre gli utenti a pericoli maggiori rispetto a quelli ad esse connessi per conformazione naturale (43).

È chiaro l'aggravio di responsabilità che si cominciava a delineare in capo al gestore.

La posizione di garanzia che viene ad assumere il gestore, però, non deve neppure essere dilatata eccessivamente. Non può estendersi fino a comprendere l'obbligo di evitare che gli utilizzatori dell'area sciabile tengano comportamenti corretti o imprudenti, che possano costituire fonte di pericolo per loro stessi e i terzi. Tale considerazione deriva dal fatto che il gestore non abbia l'effettivo potere di interferire o inibire il comportamento dei singoli soggetti, che comunque intraprendono l'attività sciistica assumendosene la piena responsabilità.

I primi riconoscimenti della figura del contratto di skipass come contratto atipico provengono dalla giurisprudenza di merito.

Il Tribunale di Modena, con sentenza del 12 novembre 1990, riconosceva che il gestore, assumendo la qualifica di vettore, dovesse essere ritenuto responsabile anche per la fase di discesa. Era questa duplice posizione del gestore che induceva "Il contraente del contratto di trasporto a ritenere in buona fede la controparte obbligata non solo a garantire l'utilizzazione sicura dell'impianto di risalita, ma anche una pista priva di insidie non segnalate e difficilmente fronteggiabili anche con una particolare perizia". Da tale assunto il Tribunale riconosceva, accanto alla responsabilità per la custodia della pista ex art. 2051 c.c., anche una forma di responsabilità per inadempimento contrattuale. Quindi, si riteneva configurabile un rapporto contrattuale unitario, comprensivo di tutti i servizi offerti dal gestore dell'impianto, tra i quali anche le piste di discesa.

Nello stesso anno Tribunale di Monza configurava, accanto all'ipotesi tradizionale di responsabilità aquiliana del gestore, l'obbligazione contrattuale di garantire una pista priva di insidie sulla scorta del principio di buona fede.

Ad ulteriore conferma del contratto di skipass come contratto atipico la Corte d'Appello di Torino con la sentenza del 25 set-

tembre 1998 (44), affermava la responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. della società impianti convenuta, in concorso con quella dello sciatore infortunato, per aver omesso di segnalare con particolare attenzione una vasta zona resa insidiosa dalla presenza di ghiaccio, in parte nascosto perché coperto da un sottile strato di neve.

Il Tribunale di Pinerolo, con la nota sentenza n. 507 del 18 ottobre 2000, ha segnato una svolta decisiva rispetto all'impostazione della giurisprudenza tradizionale in materia di responsabilità sciistica (45). Infatti provvedeva ad enucleare alcuni principi cardine della materia in esame.

Si riconosceva che *“il contratto di skipass costituisce un contratto atipico in forza del quale, dietro corresponsione di un certo corrispettivo commisurato alla durata dello stesso, la società gestrice offre la possibilità di godere di servizi di risalita nonché di utilizzare le piste predisposte per la pratica dello sci. Pertanto, costituendo questo l'oggetto del contratto, la società che fornisce questi servizi deve necessariamente non solo limitarsi a mettere a disposizione gli impianti di risalita e le piste di discesa, ma anche attrezzare e mantenere gli stessi in modo da consentire agli utenti di poterne fruire e di poterlo fare in modo sicuro”*. Con questa decisione veniva per la prima volta delineato chiaramente il contenuto dell'obbligo da contratto bianco; il gestore infatti, non deve più solamente preoccuparsi della sicurezza nella fase della risalita da valle a monte, ma deve, per non incorrere in inadempimento contrattuale, battere e delimitare le piste, nonché controllarne la piena fruibilità da parte degli sciatori in modo da non esporli a pericoli maggiori rispetto a quelli intrinsecamente connessi con tale tipo di sport (46). Inoltre il gestore deve ritenersi contrattualmente responsabile qualora abbia agito senza tenere presente le possibili, prevedibili ed evitabili conseguenze dannose, salvo che riesca a dimostrare che le stesse siano imputabili al caso fortuito o forza maggiore (47).

Proprio l'atipicità del contratto, consentendo un approccio unitario alla materia di cui si discute, consente l'individuazione di principi di responsabilità comuni a tutte le fattispecie in cui si presenti una violazione degli obblighi contrattuali facenti capo al gestore degli impianti, in qualunque fase si sia verificata.

La responsabilità del soggetto obbligato dal contratto di skipass deve essere valutata alla luce del principio di diligenza ex art. 1176 c.c. (48), ed in particolar modo in relazione agli obblighi di protezione, del principio di buona fede ex art. 1175 c.c. (49).

Quindi, nel caso di gestore degli impianti sciistici lo standard di condotta ruota attorno ad un accurato raffronto tra i rischi individuabili, valutabili e prevenibili, in ragione della peculiarità dell'attività, e gli investimenti concreti nella sicurezza. Il ragionamento delineato dal Tribunale di Pinerolo era molto lineare: individuata la fonte di rischio, si esaminavano le misure precauzionali esistenti al momento del sinistro e quelle adottate dal gestore, alla luce sia dell'esperienza di quest'ultimo, sia della condotta effettiva dello sciatore che avrebbe potuto dar luogo ad eventuale corresponsabilità.

Nel caso di specie, dopo aver enucleato tutti i susposti principi di diritto e aver riconosciuto l'effettiva sussistenza di un contratto atipico di skipass tra gestore e sciatore, il Tribunale imputava la responsabilità della società impianti ex art. 2049 c.c., per omesso controllo sulla condotta negligente e pregiudizievole posta in essere dai suoi dipendenti, che in spregio del prevedibile pericolo, avevano piantato, nell'esercizio delle loro funzioni di manutenzione delle piste, una serie di pali di legno di grosse dimensioni ai margini di una zona sciabile.

Per ottenere un primo riconoscimento della contrattualizzazione del rapporto in esame da parte del Giudice di legittimità si è dovuto attendere fino al 2001 con la nota sentenza c.d. “del ciuffo d'erba” (50).

L'utente che, sciando si provocava un danno cadendo a causa di un ciuffo d'erba spuntato dal manto nevoso della pista, conveniva in giudizio la società impianti per farne valere la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

La Corte da un lato riconosceva che il contratto tra uno sciatore ed il gestore degli impianti di risalita era di trasporto atipico, risultando il suddetto non fine a sé stesso, ma funzionale all'attività sciistica su piste sicure. Il Giudice, però, non ravvisava per il gestore alcun obbligo di manutenzione delle piste in buono stato derivante da clausola esplicita o implicita, sicché qualora si fosse verificato un infortunio a causa della cattiva manutenzione delle stesse, non si sarebbe potuto ritenere responsabile il gestore per gli obblighi derivanti dal contratto di skipass.

La Suprema Corte andava anche oltre, disponendo che nelle suddette ipotesi non potesse farsi valere la responsabilità del gestore neppure extracontrattualmente ex artt. 2050 e 2051 c.c. . Escludeva, in primis, la natura intrinsecamente pericolosa dell'attività di esercente degli impianti sia sotto il profilo della carenza di norme specifiche destinate a prevenire sinistri e tutelare l'incolumità pubblica che prevedessero tale qualificazione, sia sotto quello dell'attività dalla natura delle cose o dei mezzi utilizzati. In secundis, escludeva l'assunzione della qualifica di custode delle piste da parte del gestore degli impianti.

Tale apertura della Corte è stata apparente. Infatti, pur avendo riconosciuto la configurabilità in astratto del rapporto contrattuale atipico che si viene a delineare con l'acquisto dello skipass tra sciatore e gestore degli impianti, nel caso di specie negava la sussistenza di un rapporto contrattuale in quanto mancante una qualunque clausola da cui desumere una responsabilità del gestore anche per la manutenzione delle piste.

In dottrina, data la mancanza di una legislazione specifica nazionale e comunitaria, erano presenti due contrastanti interpretazioni.

Il primo orientamento più liberale considerava l'attività sciistica come frutto di una libera scelta individuale, che avrebbe determinato a carico degli sciatori l'inevitabile assunzione del rischio derivante da tale tipo di sport (51). Secondo la suddetta interpretazione, veniva ridotto notevolmente lo spazio entro il quale gli sciatori avrebbero potuto legittimamente agire per ottenere un risarcimento.

La seconda concezione, più solidaristica e basata sull'analisi economica del diritto, riconduceva alla sfera della responsabilità dell'imprenditore i costi dell'attività imprenditoriale, tra i quali rientravano anche i sinistri subiti dagli utenti delle piste (52). Conseguentemente corollario di tale orientamento era l'ampliamento delle ipotesi di danno risarcibile.

La materia veniva regolata solamente da discordanti leggi regionali (53). La legge regionale 93/1993 della Toscana statuiva che area sciabile fosse *“l'ambito territoriale soggetto a prevalente innnevamento naturale in cui si realizza un insieme di piste da fondo e/o da discesa e di impianti a fune tra loro integrati”*; invece per la legge regionale 4/1995 (54) dell'Emilia Romagna si trattava di *“aree sciistiche attrezzate ... costituite da un sistema omogeneo di piste e impianti tra loro impiegati, tale da costituire un circuito interamente percorribile in salita con impianti e in discesa con gli sci”*, infine per la legge regionale 9/1992 della Valle d'Aosta, e successive modificazioni, l'ultima apportata con l.r. 11/2013, si trattava di *“area destinata ad uso pubblico per la pratica dello sci di discesa e dello sci da fondo”*. Altre leggi regionali si occupavano di disciplinare l'accesso alle piste da sci. La legge regionale 16/1994 dell'Abruzzo prevedeva l'accesso solo a *“chi utilizza monosci e tavole da neve”* e vietando *“l'uso di mezzi similari quali slittini, bob, motoslitte, mezzi meccanici ed ogni altro mezzo differente”*, mentre la legge dell'Emilia Romagna vietava *“l'uso di slitte o similari a motore e non”*.

Si sentiva chiaramente la mancanza di una legge-quadro a livello nazionale che affrontasse il problema della sicurezza delle piste e della responsabilità dei gestori degli impianti omogeneamente su tutto il territorio statale.

4. L'intervento del legislatore: la legge 363/2003.

Un passo importante, sia per ovviare al suddetto vuoto legislativo, sia per configurare a livello di norma la responsabilità contrattuale del gestore degli impianti, è stata l'emanazione della legge 363/2003 (55) la quale ha introdotto, oltre all'armonizzazione almeno parziale delle normative regionali (56), il cosiddetto contratto per la fruizione delle aree sciabili attrezzate, nel quale un soggetto, lo sciatore, dietro il pagamento di un corrispettivo, può usufruire di una determinata area sciabile limitata ed un altro soggetto, il gestore, che con autonoma organizzazione e propri mezzi deve garantire la fruizione dell'area in sicurezza.

Il legislatore, avendo preso piena coscienza dello stretto rapporto funzionale tra gli impianti di risalita e le piste di discesa, ha conseguentemente riconosciuto in capo al gestore una serie di "obblighi [dei gestori] delle aree individuate ai sensi dell'art. 2 (57)", ossia delle aree che ricomprendono sia gli impianti di risalita, quanto le piste di discesa, presupponendo una gestione congiunta delle stesse al fine di consentire lo svolgimento dell'attività sciistica in piena sicurezza. È necessario tenere ben presente che le "aree sciabili", aventi tutte le caratteristiche delineate *ex lege*, sono zone assolutamente limitate e non ricomprendono la totalità delle piste presenti nei comprensori sciistici.

L'individuazione di un unico soggetto quale gestore dell'impianto di risalita ed amministratore del tracciato di discesa, era stata già posta in luce dalla dottrina ben prima dell'emanazione della suddetta legge, in quanto sancita a livello di norme regionali e provinciali, che contenevano numerose disposizioni tese a preferire il rilascio dell'autorizzazione all'apprestamento di una pista al gestore dell'impianto di risalita, o che addirittura, quest'ultimo fosse automaticamente autorizzato (58).

Gli amministratori delle piste sono tenuti in primo luogo a provvedere alla messa in sicurezza delle stesse, secondo quanto disposto dalle specifiche discipline regionali e proteggere gli sciatori dagli ostacoli presenti sul tracciato con idonee protezioni e di adeguata segnaletica (59). È inoltre fatto obbligo di assicurare il soccorso ed il trasporto degli infortunati lungo le piste in luoghi accessibili dai più vicini centri di ricovero (60), provvedere alla manutenzione ordinaria e straordinaria delle aree sciabili (61), segnalare eventuali cattive condizioni della pista, nonché la rimozione di questi ultimi oppure la chiusura del tracciato (62). L'art. 15 della legge sancisce il divieto, salvo i casi di necessità, di percorrere la pista a piedi, e di risalirla con gli sci senza una preventiva autorizzazione dell'amministratore dell'area sciabile, talché, chiunque voglia effettuare una discesa deve necessariamente usufruire del mezzo di trasporto messo a disposizione del gestore.

Quindi viene a perdere di significato l'obiezione alla configurazione di una responsabilità contrattuale del gestore, secondo la quale, considerando che il tracciato è aperto a chiunque, indipendentemente dal mezzo di risalita, non risulterebbe opportuno ampliare la responsabilità del gestore fino a ricomprendervi la fase di discesa. Inoltre le società impianti, per indurre lo sciatore all'acquisto dello skipass pubblicizzano, non solo i loro mezzi di risalita, quanto piuttosto le discese che con essi possono realizzarsi. Ciò porta ad ingenerare nell'utente un legittimo affidamento di trovare le piste prive di pericoli, oltre quelli connessi con le peculiarità delle stesse.

Proprio in applicazione del principio della buona fede quale generale canone ermeneutico del contratto, la prestazione del ge-

store non può più considerarsi limitata al puro e semplice trasporto da valle a monte.

Alcune ombre sulla materia rimangono, anche e soprattutto, alla luce della legge 363/2003. In prima battuta un problema è determinato dal fatto che le aree sciabili ex art. 2 siano davvero limitatissime. In relazione invece alla configurazione della responsabilità del gestore come contrattuale, la problematicità deriva dalla formulazione dell'art. 4 c.1 (63) "*I gestori delle aree sciabili attrezzate, con esclusione delle aree dedicate allo sci di fondo, sono civilmente responsabili della regolarità e della sicurezza dell'esercizio delle piste e non possono consentirne l'apertura al pubblico senza avere previamente stipulato apposito contratto di assicurazione ai fini della responsabilità civile per danni derivabili agli utenti e ai terzi per fatti derivanti da responsabilità del gestore (64) in relazione all'uso di dette aree (65)*". In questo modo il legislatore ha sancito la possibilità, già ampiamente riconosciuta in giurisprudenza, di agire nei confronti dei gestori per gli incidenti occorsi anche nella fase di discesa per cattiva manutenzione della pista.

Il problema di quanto disposto deriva dalla mancata connotazione del titolo in base al quale il gestore dovrebbe rispondere dei danni, lasciando quindi invariato lo *status quo* dell'elaborazione giurisprudenziale in merito. La portata innovatrice che avrebbe dovuto avere la legge sarebbe stata una chiara presa di posizione sul punto, non limitandosi a semplici richiami che avvallino, seppur in modo quanto mai convincente, la connotazione di responsabilità contrattuale del gestore.

5. L'evoluzione giurisprudenziale alla luce del portato normativo.

Inizialmente la Suprema Corte con la sentenza n. 13334/2004 riconosceva l'impostazione contrattuale derivante dalla suddetta legge disponendo che in un comprensorio sciistico, ove lo sciatore abbia acquistato lo skipass, che "*dietro corrispettivo gli permette di utilizzare liberamente ed illimitatamente, per il tempo previsto [dal contratto] tutti gli impianti di risalita del comprensorio*", si sia instaurato con il gestore degli impianti un contratto atipico, appunto detto di skipass (66).

Nel caso di specie la S.C. specificava che qualora all'interno di un comprensorio, vi fosse una pluralità di proprietari degli impianti, la responsabilità contrattuale dei suddetti nei confronti dello sciatore infortunato per difetto di manutenzione della pista, non gravasse solidalmente su tutti, ma sul singolo al quale competeva l'obbligo di custodia della pista in questione.

Tuttavia, nonostante questo importante passo normativo nel senso della configurazione dello schema contrattuale della responsabilità in capo al gestore, la Cassazione è tornata ad uniformarsi all'interpretazione tradizionale (67).

Con la pronuncia n. 2706/2005 la Corte nuovamente escludeva la responsabilità contrattuale del gestore per mancanza di una clausola esplicita o esplicita in tal senso, riconducendo i suoi obblighi nell'alveo della responsabilità da cosa in custodia ex art. 2051 c.c. .

I Giudici riconoscevano che il gestore di una pista da sci ne fosse custode e quindi a tale titolo oggettivamente responsabile per tutti i danni correlati alla presenza di ostacoli o pericoli. Una volta accertato il nesso di causalità tra l'evento lesivo verificatosi e la condotta, non era sufficiente che il gestore/custode provasse la mancanza di colpa, ma occorreva fornire l'evidenza del caso fortuito che assumesse i caratteri dell'eccezionalità e imprevedibilità (68), sì da essere assolutamente impossibile qualunque forma di controllo (69).

Tale interpretazione veniva nuovamente fatta propria dalla Corte di legittimità nella sentenza n. 832/2006, in cui uno sciatore faceva causa alla società impianti per far valere la responsabilità

della stessa per violazione dell'obbligo di custodia di un manufatto di legno sul quale l'attore era caduto riportando lesioni. È comunque interessante in quanto descrive l'ipotesi di esonero della responsabilità del custode a seguito del comportamento del danneggiato (70).

Infatti così statuiva *“Deve escludersi la responsabilità da cosa in custodia del gestore dell'area sciabile ove sia accertato che l'evento dannoso si verificò non già lungo la pista di discesa e neppure nella relativa zona di frenata, sebbene nell'area, qualificata autonoma, destinata alla sosta e al transito degli sciatori verso gli attigui parcheggi e impianti di risalita, e che lo sciatore danneggiato irruppe in tale area a velocità particolarmente elevata ed inadeguata allo stato dei luoghi, giacché il caso fortuito, che a norma dell'art. 2051 c.c. esclude la responsabilità del custode, può consistere anche nello stesso comportamento del danneggiato”*.

La Suprema Corte, comunque, chiariva che i caratteri dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità che doveva rivestire la condotta colposa della vittima, per integrare gli estremi del caso fortuito, non ricorrevano ove il custode potesse prevenire il fatto dannoso esercitando i poteri di vigilanza che gli erano propri, ad esempio, essendo assolutamente prevenibile che nel corso di una discesa, anche a causa dell'imperizia dello sciatore, si verificassero delle cadute.

La Cassazione l'anno successivo con la pronuncia n. 2563/2007 tornava sulle proprie posizioni e muoveva verso una più chiara configurazione della responsabilità del gestore degli impianti.

La Corte riconosceva che *“Il contratto di “ski-pass” - che consente allo sciatore l'accesso, dietro corrispettivo, ad un complesso sciistico al fine di utilizzarlo liberamente ed illimitatamente per il tempo convenzionalmente stabilito - presenta i caratteri propri di un contratto atipico nella misura in cui il gestore dell'impianto assume anche, come di regola, il ruolo di gestore delle piste servite dall'impianto di risalita, con derivante obbligo a suo carico della manutenzione in sicurezza della pista medesima e la possibilità che lo stesso sia chiamato a rispondere dei danni prodotti ai contraenti determinati da una cattiva manutenzione della pista, sulla scorta delle norme che governano la responsabilità contrattuale per inadempimento, sempre che l'evento dannoso sia eziologicamente dipendente dalla suddetta violazione e non, invece, ascrivibile al caso fortuito riconducibile ad un fatto esterno al sinallagma contrattuale”* (Cass. Civ., sez. III, 06/02/2007, n. 2563).

Quindi, l'intenzione della Corte era proprio di configurare una responsabilità contrattuale del gestore anche per gli infortuni che si verificano nella fase di discesa (71), in quanto momento funzionalmente collegato alla risalita per la quale lo sciatore ha acquistato lo skipass (72).

Nel caso di specie la S.C. riteneva che fosse stata accertata l'insussistenza di siffatto inadempimento in virtù dell'esclusione della pericolosità della situazione creata dal gestore con la costruzione di una casetta di ricovero dell'erogatore di energia elettrica necessaria per l'alimentazione dell'impianto di risalita a breve distanza dallo spiazzo di fermata della pista a valle. Infatti non aveva ritenuto sussistente il nesso di causalità tra cosa ed evento determinato, invece, così configurandosi un'ipotesi di caso fortuito, dalla condotta colposa della medesima vittima che non aveva osservato una velocità adeguata al luogo e che si era, perciò, imprudentemente portata fino al margine estremo del piazzale di arrivo, ritenuto comunque sufficientemente ampio, senza riuscire ad adottare manovre di emergenza idonee ad evitare l'urto contro il predetto ostacolo.

Tuttavia tale sentenza imputava al gestore non solo un'obbligazione derivante da contratto atipico di skipass, ma anche un obbligo extracontrattuale, determinato dalla posizione di custode delle piste ex art. 2051 c.c. che il gestore veniva ad assumere. La responsabilità prevista dall'art. 2051 c.c. per i danni cagionati da

cose in custodia ha carattere oggettivo e, ai fini della sua configurabilità, è sufficiente che sussista il nesso causale tra il bene in custodia e l'evento dannoso, indipendentemente dalla pericolosità attuale o potenziale della cosa stessa (e, perciò, anche per le cose inerti), senza che rilevi al riguardo la condotta del custode e l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza. La responsabilità del custode è esclusa in tutti i casi in cui l'evento sia imputabile ad un caso fortuito riconducibile al profilo causale dell'evento e, perciò, quando si sia in presenza di un fattore esterno che, interferendo nella situazione in atto, abbia di per sé prodotto l'evento, assumendo il carattere del c.d. fortuito autonomo, ovvero quando si versi nei casi in cui la cosa sia stata resa fattore eziologico dell'evento dannoso da un elemento o fatto estraneo del tutto eccezionale (c.d. fortuito incidentale), e per ciò stesso imprevedibile, ancorché dipendente dalla condotta colpevole di un terzo o della stessa vittima.

La Cassazione metteva in luce che tali forme di responsabilità non si escludessero l'una con l'altra, ma anzi potessero efficacemente coesistere nell'ottica della tutela del danneggiato.

Le corti di merito, quindi, si uniformavano a tale configurazione. Il Tribunale di Bressanone nello stesso anno faceva seguito alla pronuncia della Cassazione riconoscendo che sia nella configurazione della responsabilità del gestore degli impianti in termini contrattuali sulla scorta del contratto atipico di skipass, sia nella configurazione extracontrattuale in base agli obblighi di custodia gravanti sullo stesso, dopo l'accertamento del nesso causale tra il danno e la violazione degli oneri di manutenzione della pista del gestore, l'onere della prova liberatoria gravasse esclusivamente su quest'ultimo.

Anche il Tribunale di Campobasso nel 2010 ha compiuto una chiara delimitazione della portata del contratto atipico di skipass. Le funzioni del suddetto risultavano ben più ampie rispetto al semplice contratto di vettura, non limitandosi più al trasporto da valle a monte, ma garantendo la fruizione in sicurezza delle piste di discesa e delle relative strutture. Dato che le fonti di pericolo rientravano nella sfera di appartenenza del gestore, ciò gli permetteva di esercitare un potere di fatto sulle stesse, potendo evitare l'insorgere di situazioni di pericolo *ab origine*.

Quindi il gestore veniva chiamato a rispondere dei danni prodotti ai contraenti derivanti dalla lesione dei propri obblighi protettivi (73) sulla base delle norme che regolano la responsabilità contrattuale da inadempimento (74).

Questa pronuncia, che nella specie si riferisce ai danni riportati dallo sciatore a causa di *“un cumulo di ciottoli emerso al centro del corridoio normalmente percorso dagli sciatori”* (Trib. di Campobasso, sent. del 20/09/2010), veniva definita nel merito in modo opposto rispetto alla decisione della Cassazione del cd. *“ciuffo d'erba”* (75) che, seppur avesse configurato la sussistenza di un contratto atipico *“bianco”*, escludeva qualsiasi onere di manutenzione delle piste in capo al gestore.

Anche il Tribunale di Napoli si è uniformato a questa visione (76). Il soggetto leso agiva di fronte al suddetto Tribunale per ottenere un risarcimento per le lesioni personali riportate. Il gestore degli impianti eccepiva anzitutto l'incompetenza territoriale del Tribunale adito, poiché si sarebbe dovuta applicare la regola generale del foro del convenuto, quindi sarebbe stato competente il Tribunale del luogo ove ha sede la società degli impianti e non quello di residenza dell'attore; eccepivano inoltre la mancanza di collegamento tra impianti di risalita e piste da sci, con conseguente esclusione di unicità del rapporto giuridico e di responsabilità, sostenendo di conseguenza, che la responsabilità per danni durante la fase di salita sarebbe contrattuale mentre quella durante la fase di discesa extracontrattuale (77).

Il Tribunale riteneva di non potere condividere tale qualificazione

giuridica, propendendo invece per l'unicità del soggetto titolare della pista e dell'impianto di risalita.

Ha infatti ritenuto che, con l'acquisto dello skipass si concludesse tra il gestore ed il consumatore un contratto atipico, non più limitato al solo trasporto, ma comprensivo di un "pacchetto" di servizi comprendenti la manutenzione e la messa in sicurezza delle piste di discesa. Nella specie dichiarava la responsabilità contrattuale del gestore degli impianti per l'incidente occorso ad uno sciatore per l'urto con uno snowboardista, per non aver provveduto a delimitare e segnalare le aree per le diverse discipline sportive secondo quanto stabilito dalla legge. La responsabilità extracontrattuale del terzo non esclude la concorrente responsabilità del gestore.

Addirittura il Tribunale di Napoli ha fatto un passo ulteriore verso la maggiore tutela dell'utente, disponendo che con l'acquisto dello skipass si concluda un contratto atipico in cui il foro ordinario è derogato in favore del foro speciale del consumatore (78) nel luogo di sua residenza o di domicilio, nonché riconoscendo la vessatorietà della clausola che preveda un foro diverso.

Il D. Lgs. 206/2005, il cd. Codice del Consumo, stabilisce all'art. 33, c.2, lett. u) *"Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto o per effetto di: (...)u) stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore"* (proprio come nel caso in esame). Addirittura questo tipo di clausola contrattuale rientra tra quelle che la Corte di Giustizia Europea ha indicato quali aventi *"lo scopo o l'effetto di sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali da parte del consumatore"* (C. Giust. 27/06/2000 n. 240). Sull'argomento sono poi intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sostenendo che il legislatore, *"Nelle controversie tra consumatore e professionista, ha stabilito la competenza territoriale esclusiva del giudice del luogo della sede o del domicilio elettivo del consumatore"* (Cass., sez. un., 1/10/2003 n. 14669). Infine, proprio per evitare che tali disposizioni fossero aggirate mediante il cd. domicilio elettivo, stabilito unilateralmente dal professionista, la Corte ha stabilito che *"Per escludere la competenza del foro del consumatore il professionista deve fornire la prova che la diversa competenza è stata negoziata in base a specifica trattativa e che non ne deriva uno squilibrio significativo delle reciproche posizioni contrattuali"* (Cass. Civ., sez. IV, ordinanza 18/11/2011 n.24370)

La Suprema Corte tornava sull'argomento della concorrente responsabilità del gestore (79), sia contrattuale sia da cosa in custodia ex art. 2051 c.c., con la sentenza n. 22383/2012.

Ribadiva infatti che sotto il profilo della responsabilità contrattuale fosse onere dello sciatore danneggiato allegare il titolo del proprio diritto, limitandosi a lamentare l'inadempimento o la non esatta esecuzione dell'obbligo di mantenimento in sicurezza dell'area sciabile, mentre gravasse sul gestore dimostrare il fatto estintivo della dell'altrui pretesa, dando atto di aver assolto puntualmente a tutti gli obblighi di manutenzione o che il danno si fosse verificato per causa a lui non imputabile.

Quindi, sia che la responsabilità fosse imputata per violazione del vincolo contrattuale, sia per mancata custodia, il risultato dal punto di vista dell'*onus probandi* era il medesimo: la prova liberatoria doveva essere fornita dal gestore, con chiaro favore per lo sciatore danneggiato.

La suddetta interpretazione alternativa non può considerarsi pienamente soddisfacente.

Chiarificatrice della situazione giurisprudenziale è una pronuncia (80) molto recente della Corte d'Appello di Roma. La Corte ha delineato in primis una ricognizione delle diverse interpretazioni (tutte giurisprudenziali) della materia della responsabilità del gestore.

Il primo e più risalente filone considerava inconcepibile una responsabilità contrattuale del gestore per i sinistri occorsi in pista, per i quali al massimo poteva rispondere a titolo di violazione del principio del *neminem laedere*, escludendo pure la possibilità della responsabilità per attività pericolosa o per cosa in custodia. Il secondo filone, più recente, delineava la responsabilità del gestore alternativamente ex art. 2051 quando gli eventi dannosi siano stati determinati dalla presenza di costruzioni artificiali sulla pista oppure per le peculiarità, anche naturali, della pista stessa, oppure ex art. 2050 ricomprendendo l'attività di gestione delle piste nel novero delle attività pericolose.

L'ultimo filone, era quello invece che riconosceva in capo al gestore una responsabilità da contratto atipico di skipass, che obbligava il gestore non solo a fornire i servizi di risalita ma anche quelli di manutenzione in sicurezza dell'area sciabile.

La Corte procedeva poi a scegliere, quale configurazione più consona di tale responsabilità, quella contrattuale perché meglio rispondente alle peculiarità della materia.

6. Conclusioni.

Si può quindi terminare la presente dissertazione chiarendo i caratteri del contratto atipico di skipass.

Il vincolo di carattere obbligatorio tra il gestore e l'utente si riconduce allo schema ex art. 1322 c.c. (81), al quale risultano applicabili in via diretta e non analogica le norme relative al contratto di vettura per i danni occorsi nella fase di risalita e le norme generali dell'inadempimento contrattuale per quelli occorsi sulla pista, proprio perché nell'atipicità del contratto di skipass si ravvisano una prestazione contrattuale tipica di trasporto ed una generica, eziologicamente collegata, di fornitura di servizi che concernono la parte restante dell'utilizzo del complesso sciistico. Quindi deve considerarsi differenziata anche la prova liberatoria che il gestore deve fornire in caso di sinistro.

Il danno di cui può ottenere il risarcimento lo sciatore leso consta di una componente patrimoniale e una non patrimoniale. La prima si compone sia del danno emergente (ad es. skipass settimanale di cui non si può più fruire per il restante tempo di validità, costi di assistenza medica, ecc.) sia del lucro cessante (ad es. perdita della possibilità di attendere alle proprie mansioni lavorative, salvo che il lavoratore non percepisca compensi sostitutivi). La seconda si compone invece di ogni danno non patrimoniale afferente alla lesione di valori inerenti la persona, quale in particolare il danno biologico derivante dall'invalidità temporanea totale e/o parziale e dall'invalidità permanente causate dalla caduta. Elemento che non si può prescindere nella configurazione del contratto atipico di skipass è la considerazione del "rischio accettato" e dell'"autoresponsabilità". Infatti uno sport come lo sci non può assolutamente venire praticato con la convinzione che tutte le possibili insidie vengano rimosse, sia perché alcune sono connaturate alla fisicità propria della pista, sia perché non si può pretendere che la pista si trovi sempre in condizioni perfette (82). Chi esercita l'attività sciistica accetta volontariamente i rischi connessi alle ineliminabili difficoltà proprie della pista assumendo di possedere un livello di esperienza sufficiente da affrontarli senza pericolo.

Inoltre ogni sciatore deve adeguare il proprio comportamento alla situazione: deve tenere una velocità conforme alle condizioni della pista, alle proprie capacità tecniche, nonché all'affollamento della stessa, al fine di non rappresentare un pericolo per sé o per gli altri. Tale principio va affermato con forza, allo scopo di consentire agli utenti che si trovino in una pista in condizioni ottimali, di evitare la situazione di pericolo con un minimo di prudenza, diligenza e attenzione (83).

La Corte d'Appello di Roma ha ben definito la valenza della con-

dotta del singolo nella valutazione della sussistenza del nesso di causalità in caso di incidente sciistico. Infatti dispone che “*principio generale di autoresponsabilità, estraibile dalla lettura dell’art. 1227 e 2056 c.c., per il quale non è da indennizzare il pregiudizio causato, quantomeno per colpa, seppur lieve dello stesso danneggiato, operante anche nella sfera dei diritti privati, che comporti in materia di responsabilità l’esclusione dell’antigiuridicità dell’atto lesivo*”.

Il concetto espresso dalla Corte è chiaro: alla luce del principio dell’autoresponsabilità non è risarcibile il danno che lo sciatore abbia concorso a causare, ad esempio a causa dell’elevata ed eccessiva velocità oppure se si sia spinto al di là delle proprie capacità.

Tale principio non deve, però venire frainteso né in un senso, né nell’altro.

Infatti non può, e non deve, essere ricondotto a quel risalente filone dottrinale e giurisprudenziale che considerava l’attività sciistica come frutto di una libera scelta individuale che determinava a carico degli sciatori l’inevitabile assunzione del rischio derivante da tale tipo di sport (84).

Neppure, però, può estendersi l’onere del gestore fino a comprendere l’obbligo di evitare che gli utilizzatori dell’area sciabile tengano comportamenti scorretti o imprudenti, che possano costituire fonte di pericolo per loro stessi e i terzi. Tale considerazione deriva dal fatto che il gestore non ha l’effettivo potere di interferire o inibire il comportamento dei singoli soggetti, che dovrebbero intraprendere l’attività sciistica assumendosene la piena responsabilità.

E proprio questo concetto dovrebbe diventare il principio cardine di tutti coloro che intraprendano l’attività sciistica. Sfortunatamente al momento attuale la suddetta concezione, non è mai stata sviluppata dalla giurisprudenza, a differenza di quanto sarebbe dovuto invece accadere con lo sviluppo dello sci quale sport di massa e come è accaduto invece in altri paesi a noi tanto vicini, come Austria e Svizzera.

È chiara la posizione sempre più onerosa dei gestori degli impianti in quanto ritenuti e riconosciuti dalla giurisprudenza quali soggetti più qualificati ed idonei ad assumere il ruolo di garanzia per la messa in sicurezza delle aree sciabili (85).

A conferma ulteriore di tale tendenza è stata addirittura riconosciuta la responsabilità penale (86) del gestore degli impianti (al quale erano stati comminati tre mesi di reclusione) per un incidente verificatosi durante lo svolgimento delle prove di selezione dei maestri di sci, quindi di un soggetto evidentemente in grado di percepire il pericolo “*con maggiore prontezza rispetto a qualsiasi sciatore medio*”. Era stato riconosciuto al gestore di aver omesso di adottare le misure idonee a garantire la sicurezza della pista e segnalare la situazione di pericolo (87).

Non è certo mediante il ricorso al diritto penale che si può pensare di risolvere i problemi degli incidenti in montagna. Sarebbe necessaria una maggiore consapevolezza sia da parte degli utenti sciatori, sia da parte dei gestori. In particolare in relazione ai primi risulterebbe quanto mai opportuna una presa di coscienza dei propri limiti e delle proprie capacità, al fine di prevenire pericoli per sé e per soggetti terzi: bisognerebbe cioè instillare in tutti gli sciatori il principio, già precedentemente esaminato, dell’autoresponsabilità.

Come punto di partenza per cercare una soluzione a tutti i quesiti trattati e che non hanno ancora trovato una risposta, potrebbe essere utilizzato il ricorso congiunto al suddetto principio dell’autoresponsabilità ed a quello della solidarietà, che l’ambiente e gli uomini della montagna hanno già fatto propri da tempo.

Note:

(1) “*Sicurezza e responsabilità nella pratica degli sport invernali, alla luce della legge 24 dicembre 2003, n. 363*”, in *Danno e Responsabilità* n. 5/2004

(2) Riguardo al concetto di rischio sportivo v. Frau, *La responsabilità civile sportiva*, in *La responsabilità civile*, collana *Diritto Privato nella Giurisprudenza* a cura di Cendon, vol. X, 307 ss. Cfr. altresì sul «rischio sportivo» e la sua incidenza sul regime della responsabilità civile, De Marzo, *Accettazione del rischio e responsabilità sportiva*, in *Riv. dir. sport.*, 1992, 8; AA.VV., *Sport e rischio*, VI, 1985; Busnelli - Ponzanelli, *Rischio sportivo e responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.* 1984, 283; Serravalle, *I cosiddetti atti di disposizione del proprio corpo e la tutela della persona umana*, Napoli, 1984; Scarlattina, *La responsabilità nell’attività sportiva*, in *Riv. dir. e prat. ass.*, 1980, 330; Frattarolo, *In tema di responsabilità per l’esercizio di attività sportive*, in *Foro pad.*, 1985, 375. Così Viola: “*La tematica del c.d. «rischio sportivo», alla quale si ricollega la questione dell’autoassunzione dello stesso, rappresenta un aspetto particolarmente complesso della responsabilità sportiva in generale e di conseguenza, della responsabilità civile in tema di incidente sciistico. Occorre evidenziare come la pericolosità per l’incolumità fisica dei partecipanti a determinate attività, sportive in particolare, costituisca innegabilmente il motivo della pratica delle stesse. La volontaria esposizione a detto rischio di danno costituisce un elemento importante ai fini del giudizio di responsabilità. Viene definito «rischio sportivo», quel rischio di lesione (prevalentemente fisica) riconducibile all’alea normale connaturata al tipo di attività praticata accettata preventivamente dal praticante come conseguenza normalmente prevedibile della pratica stessa*”, in *La responsabilità civile nell’incidente sciistico*, Forlì, 2002, 22

(3) Pradi, intervento al Convegno *Regole per uno sci più sicuro*. Atti raccolti a cura di E. Ballardini, Rovereto, 2002, 13

(4) M. Flick, “*Sicurezza e responsabilità nella pratica degli sport invernali, alla luce della legge 24 dicembre 2003, n. 363*”, in *Danno e Responsabilità* n. 5/2004

(5) Nichelini, intervento al Convegno *Regole per uno sci più sicuro*. Atti raccolti a cura di E. Ballardini, Rovereto, 2002

(6) Il contratto di risalita in seggiovia è stato inquadrato dalla Suprema Corte nel contratto di trasporto (Cass. 7 ottobre 1968, n. 3136, in *Foro it.*, 1969, 1960; Cass. 13 gennaio 1993, n. 356, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2133, con nota di Chinè e in *Giur. it.*, 1995, I, 154, con nota di Putti; Cass. 23 maggio 1997, n. 4607, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 91, con nota di Ferri; secondo un nuovo orientamento la causa del negozio che si instaura tra gestore e sciatore non è tanto il trasporto, bensì l’attività complessiva che consiste nel poter «salire e scendere», ovvero di «un trasporto giurifunzionale all’attività sciistica su piste sicure» Cass. 15 febbraio 2001, n. 2216, in questa *Rivista*, 2001, 372, con nota di Carbone; Trib. Modena 12 novembre 1990, in *Dir. trasp.*, 1992, 579

(7) Cfr. sul punto Iannuzzi, *Del trasporto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 970, 88

(8) La presunzione stabilita dall’art. 1681 c.c. ci porta ad analizzare la teoria “analisi costi-benefici” che, in sintesi, predica che del danno debba rispondere chi si trovi nella migliore condizione di decidere se prevenirlo o reintegrare la sfera patrimoniale del danneggiato. Secondo questa teoria si ritiene che il danno debba essere nei fatti considerato un costo che l’imprenditore deve sopportare come contropartita dello svolgimento dell’attività di impresa e che graverà nella sua sfera giuridica. Cfr. Chinè, *op. cit.*, 557. Per quanto concerne la materia di nostro interesse, il richiamo è particolarmente calzante, dal momento che la gestione degli impianti di risalita è solitamente assunta da imprese che operano in forma societaria e che offrono servizi all’utenza al precipuo fine di ottenerne un ritorno in termini di profitto. Per esse la predisposizione di tutte le cautele necessarie rappresenta un costo fisiologicamente connesso all’attività svolta per prevenire danni all’utenza che, se non debitamente affrontato, potrà comportare un costo ancora maggiore relativo all’obbligo di reintegrare la sfera patrimoniale del danneggiato. Proseguendo l’analisi di tale teoria, l’art. 1681 c.c. e la presunzione di responsabilità ivi contenuta rappresenterebbero niente altro che il prezzo gravante sull’imprenditore per tale possibilità di scelta a lui riconosciuta. Proprio perché ispirata da una teoria di natura economica, la soluzione normativa sarebbe idonea a soddisfare le esigenze di impresa legate al profitto senza mortificare quelle istanze di tutela di beni altamente personali provenienti dai trasportati. Questa opinione è sostenuta sempre da Chinè, *Trasporto di persone e responsabilità del gestore di impianti di risalita*, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2136. Inquadrare la problematica della responsabilità del vettore in questa prospettiva permetterebbe una considerazione del tutto nuova dei sistemi di assicurazione della responsabilità civile. Se il danno fosse considerato in termini di costo per l’impresa

di trasporto, questa avrebbe interesse a stipulare una polizza assicurativa per garantire la piena copertura dei rischi futuri, affrontati a causa dello svolgimento dell'attività imprenditoriale, attraverso il trasferimento integrale all'assicuratore. Il meccanismo assicurativo, senza comportare ulteriori aggravii per l'imprenditore, che dovrebbe comunque sobbarcarsi i costi degli eventi dannosi occasionati dall'attività svolta, produrrebbe notevoli effetti favorevoli quanto all'organizzazione dell'impresa, permettendo un'equa predeterminazione del prezzo del servizio offerto. La legge 363 del 2003 riguardante le norme di sicurezza nella pratica degli sport invernali all'art. 4, comma 1 consente l'apertura degli impianti solo se i gestori hanno precedentemente stipulato appositi contratti di assicurazione "ai fini della responsabilità civile per i danni derivabili agli utenti ed ai terzi per fatti derivanti da responsabilità del gestore". Premesso che questa legge è successiva alla pronuncia della Suprema Corte, va però notato come possa risultare vaga e di difficile applicazione tale norma ai fini di future pronunce. La nuova legge è pubblicata in G.U. 5 gennaio 2004, n. 3, ed è entrata in vigore il 20 gennaio 2004. In argomento, M. Flick, *Sicurezza e responsabilità nella pratica degli sport invernali, alla luce della legge 24.12.2003, n. 363*, cit., 481; cfr. Campione, *Le nuove norme in materia di responsabilità e sicurezza nell'attività sciistica*, cit., 1305 ss.; Viglione, *La nuova disciplina in materia di sicurezza nella pratica degli sport invernali: la responsabilità per danni derivanti da attività sciistica*, cit., 858; Fanticini, *La prevenzione degli infortuni nelle stazioni sciistiche*, cit., 155 ss.

(9) Art. 1678: "Nozione"

Col contratto di trasporto il vettore si obbliga, verso corrispettivo, a trasferire persone o cose da un luogo a un altro

(10) Il contratto di risalita in seggiovia è stato inquadrato dalla Suprema Corte nel contratto di trasporto (Cass. 7 ottobre 1968, n. 3136, in *Foro it.*, 1969, 1960; Cass. 13 gennaio 1993, n. 356, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2133, con nota di Chinè e in *Giur. it.*, 1995, I, 154, con nota di Putti; Cass. 23 maggio 1997, n. 4607, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 91, con nota di Ferri; secondo un nuovo orientamento la causa del negozio che si instaura tra gestore e sciatore non è tanto il trasporto, bensì l'attività complessiva che consiste nel poter «salire e scendere», ovvero di «un trasporto giuri funzionale all'attività sciistica su piste sicure» Cass. 15 febbraio 2001, n. 2216, in *Danno e Responsabilità*, 2001, 372, con nota di Carbone; Trib. Modena 12 novembre 1990, in *Dir. traspr.*, 1992, 579.

(11) Cfr. Cass. Civ., sez. III, 10/05/2000, n. 5953

(12) Art. 1681: "Responsabilità del vettore". Salva la responsabilità per il ritardo e per l'inadempiamento nell'esecuzione del trasporto, il vettore risponde dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio e della perdita o dell'avaria delle cose che il viaggiatore porta con sé, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno. Sono nulle le clausole che limitano la responsabilità del vettore per i sinistri che colpiscono il viaggiatore. Le norme di questo articolo si osservano anche nei contratti di trasporto gratuito.

(13) M. Bona e M. Ambrosio, "Risalita, sciovia e responsabilità del gestore dello skilift: contratto di trasporto o contratto atipico?", in *Danno e Responsabilità* 2000, p. 392, nota alla sent. n.5081 del Tribunale di Torino del 8/07/1998 che ha riconosciuto la responsabilità del gestore dello skilift in quanto, per assenza di personale, una sciatrice aveva preso da sola il piattello subendo un forte strattone a causa dell'irregolare srotolamento del cavo, tanto da cadere a terra in una buca

(14) V. Carbone "Il gestore dell'impianto risponde del danno allo sciatore inciampato in un ciuffo d'erba?", in *Danno e Responsabilità*, n. 4/2001

(15) Cass., sez. III, 23 febbraio 1998, n. 1936, con nota di Masala, cit., 484; Cass., sez. III, 23 maggio 1997, n. 4607, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 91, con nota di Ferri, cit.; Cass., sez., III, 13 gennaio 1993, n. 356, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2133, con nota di Chinè, cit., 743, e in *Giur. it.*, 1995, I, con nota di Putti, cit., 154; Trib. Torino 23 aprile 1987, in *Riv. giur. circ. e traspr.*, 1989, 762, con nota di De Bassa, cit., 763; Trib. Bolzano 22 maggio 1987, con nota di Chiavegatti, cit., 487 ss.

(16) La Cassazione in una sentenza che ha cassato la pronuncia d'appello la quale, seguendo l'indirizzo qui criticato, aveva fatto coincidere con la prova laboratoria di cui all'art. 1681 c.c. la dimostrazione fornita dal vettore dell'assenza di cattivo funzionamento o di anomalie del mezzo di trasporto. In motivazione si legge che questa conclusione, «insinuando il sospetto che la fortuità o il fatto dello stesso trasportato siano, con vistoso disorientamento in diritto, desunti meramente dall'assenza di eziologia tra cattivo funzionamento o anomalia del mezzo di trasporto e sinistro», finisce con il capovolgere la regola di giudizio «obliterando la presunzione di responsabilità stabilita nell'art. 1681 c.c.». Cass. 13 gen-

naio 1993, n. 356, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2133, in part. 2134; e in *Riv. dir. sport.*, 1993, 741, con nota di Lorusso e commento di Chinè, *Trasporto tramite seggiovia e responsabilità del gestore*. La sentenza è da ultimo commentata da Putti, *Appunti in tema di responsabilità contrattuale nel trasporto di persone su «mezzi a fluenza»*, cit., 153, cui si rinvia per una puntuale ricostruzione dei precedenti gradi del giudizio di merito

(17) Tra gli interpreti che propendono per questa esclusiva interpretazione della responsabilità del gestore si ricorda T. Spagnoli Catalano, "Responsabilità del gestore degli impianti", in *Danno e Responsabilità*, 2000, p. 910; G. Silingardi, M. Riguzzi e E. Gragnoli, "Responsabilità degli operatori turistici", in *Rivista Giuridica sulla Circolazione*, 1988, p. 88

(18) Così Giudiceandrea, *La responsabilità civile e penale del gestore degli impianti di risalita*, in *Riv. dir. sport.*, 1982, 301. *Contra* Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1967, 43; Chinè, *Con la neve alta così: di sci, impianti di risalita e responsabilità civile*, in *Riv. dir. sport.*, 1995, 557; Alpa, *La responsabilità civile in genere e nell'attività sportiva*, in *Riv. dir. sport.*, 1984, 448

(19) Cfr. Sentenza della Corte d'Appello di Trento del 28/02/1979 ha statuito "Per quanto strettamente si possano ritenere collegati impianti di risalita e piste di discesa, ciò non potrà mai comportare un'unicità di rapporto giuridico e di responsabilità in capo ad un'unica persona, il gestore dell'impianto di risalita"; analoghe considerazioni sono state svolte dal Tribunale di Torino nella sentenza del 23/04/1987, annotata in *Rivista di Diritto Sportivo*, 1988, p.263

(20) Cass. 13 gennaio 1993, n. 356, cit., in *Mass. giust. civ.*, 1993, 51, ha stabilito che «Nel trasporto eseguito con mezzo in continuo movimento, la particolare responsabilità del vettore di cui all'art. 1681 c.c., si protrae anche dopo che il viaggiatore si è staccato materialmente dal veicolo, fino a quando vengono meno gli effetti residui del moto impressogli dal mezzo, come, per il trasporto a mezzo di seggiovia, risulta anche dalle specifiche disposizioni degli artt. 5 e 21 del D.M. 31 luglio 1950, che espressamente prevedono l'obbligo degli agenti addetti agli impianti di curare la sicurezza degli utenti anche nelle stazioni d'arrivo. Una volta però neutralizzati gli effetti della spinta, la responsabilità contrattuale del vettore cessa». In proposito cfr. Cass., sez. III, 23 maggio 1997, n. 4607, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 91, con nota di Ferri, secondo la quale «non sussiste la responsabilità del gestore di una seggiovia per i danni subiti dallo sciatore in conseguenza della caduta occorsa sul raccordo di collegamento fra la piattaforma di arrivo della seggiovia e le piste di discesa, potendo considerarsi, in quel momento, già esaurita la prestazione contrattuale». Sull'argomento vedi per la dottrina Magrone, *L'elemento del rischio nel contratto di trasporto per seggiovia e limiti della responsabilità presuntiva del vettore*, in *Giust. pen.*, 1957, I, 215; Bisegna, *La responsabilità del vettore nel trasporto in seggiovia*, in *Nuovo dir.*, 1964, 43. In dottrina voci discordi: cfr. Grigoli, *Il trasporto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, XII, Torino, 1989, 3, 775; Giudiceandrea, *La responsabilità civile penale del gestore degli impianti di risalita* in *Riv. dir. sport.*, 1982, 305 ss.; Buonocore, *I contratti di trasporto e di viaggio*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Buonocore, Torino, 2003, 100; Chinè, *Con la neve alta così*, cit., 559; Putti, *Appunti in tema di responsabilità contrattuale nel trasporto di persone a fluenza*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 161.

(21) Così Viola, *op. cit.*, 46. In giurisprudenza Trib. Torino 23 aprile 1987, cit., «Il contratto stipulato con il gestore di un impianto di risalita riguarda il servizio di trasporto a monte con il mezzo, ma non può estendersi i suoi effetti alla successiva discesa effettuata dallo sciatore con autonoma determinazione e condotta; pertanto per quanto possano essere strettamente collegati impianti di risalita e piste da discesa, non è possibile in alcun modo ravvisare unicità di rapporto giuridico e di responsabilità in capo al gestore degli impianti».

(22) V. Carbone "Il gestore dell'impianto risponde del danno allo sciatore inciampato in un ciuffo d'erba?", in *Danno e Responsabilità*, n. 4/2001

(23) «In tutti i procedimenti per analogia vi sono tra i casi regolati dalla legge e il caso concreto da regolare degli elementi di somiglianza, ma anche di diversità, nelle specie prevalenti data l'assoluta originalità dell'attività sciatoria», così Pradi, voce *Sci alpino*, in *Digesto discipline privatistiche*, sez. Civile, IV ed., Torino, 1988

(24) Art. 2043: "Risarcimento per fatto illecito"

Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.

(25) "Considerata la natura intrinsecamente pericolosa dell'attività sportiva esercitata sulle piste da sci, nonché l'estensione delle stesse e la loro possibile intrinseca anomalia, anche per fattori naturali, affinché si possa pervenire al-

l'individuazione di un comportamento colposo in capo al gestore, ex art. 2043 cod. civ., con conseguente obbligo di risarcimento del danno, è necessario che il danneggiato provi l'esistenza di condizioni di pericolo della pista che rendano esigibile la protezione da possibili incidenti, condizioni in presenza delle quali risulta configurabile un comportamento colposo del gestore per la mancata predisposizione di protezioni e segnalazioni, ricadendo, invece, sul gestore l'onere di provare fatti impeditivi della propria responsabilità, quali la possibilità per l'utente di percepire e prevedere, con l'ordinaria diligenza, la suddetta situazione di pericolo" (Cass. civ. sez. III, 19/02/2013, n. 4018)

(26) Cfr. sentenza Corte d'Appello di Torino n. 913 del 5/07/1997, in Rivista Giuridica della Circolazione, 1998 p. 500; sentenza del Tribunale di Torino del 24/10/1991, in Archivio Civile, 1992, p. 816

(27) La predisposizione della segnaletica è oggi compendiata dal D.M. 20/12/2005 ed è demandata alla cura esclusiva del gestore delle piste

(28) Art. 2049: "Responsabilità dei padroni e dei committenti"

I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti.

(29) R. Campione, "Gestione dell'area sciabile e regole di responsabilità", in La Responsabilità Civile, 12/2006, p. 979

(30) Cfr. Cass. Civ., sez. III, 15/02/2001 del 15/02/2001

(31) Art. 2050: "Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose"

Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di una attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.

(32) Art. 2051: "Danno cagionato da cosa in custodia"

Ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito.

(33) Tribunale di Pinerolo, sentenza n. 507 del 18/10/2000

(34) "L'utilità economica che la società proprietaria degli impianti di risalita ricava dalla predisposizione e dal mantenimento in condizioni idonee allo sci delle piste, con conseguente loro inserimento nel complesso delle cose organizzate per il proficuo svolgimento dell'attività d'impresa [...] la non necessità che il custode eserciti sulla cosa un potere giuridicamente qualificato nei termini di un diritto reale o obbligatorio, potendo il relativo rapporto consistere in una situazione di fatto, purché caratterizzata da una disponibilità non occasionale della cosa in capo a chi se ne assume custode [...] l'affidamento circa le buone condizioni delle piste e l'assenza di situazioni di pericolo che si crea nei contraenti-fruitori degli impianti di risalita in conseguenza del funzionamento degli impianti e dell'apertura delle piste" (Trib. Pinerolo, 18/10/2000, n. 507)

(35) R. Campione, "Gestione dell'area sciabile e regole di responsabilità", in La Responsabilità Civile, 12/2006, p. 979

(36) La teoria ora proposta è condivisa dalla dottrina maggioritaria. In tal senso cfr. Chinè, *op. cit.*, 60; Iannuzzi, *op. cit.*, 97 ss.; Grigoli, *op. cit.*, 744. Questa soluzione, preferita dalla giurisprudenza, trova conforto nell'art. 942 cod. nav. il quale, con riferimento al trasporto aereo, molto più chiaramente dispone che il vettore risponde per il danno subito dai trasportati a causa di sinistri occorsi durante il viaggio se non riesce a provare di aver preso "tutte le misure necessarie e possibili secondo la normale diligenza per evitare il danno"

(37) R. Campione, "Gestione dell'area sciabile e regole di responsabilità", in La Responsabilità Civile, 12/2006, p. 979

(38) Così definita dalla Suprema Corte "La "presupposizione" ricorre quando una determinata situazione, di fatto o di diritto, passata, presente o futura, di carattere obiettivo - la cui esistenza, cessazione e verifica sia del tutto indipendente dall'attività o dalla volontà dei contraenti e non costituisca oggetto di una loro specifica obbligazione - possa, pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali, ritenersi tenuta presente dai contraenti medesimi nella formazione del loro consenso, come presupposto avente valore determinante ai fini dell'esistenza e del permanere del vincolo contrattuale" (Cass. civ. sez. II, 24/03/1998, n. 3083)

(39) L'art. 1322, comma 2, stabilisce che "Le parti possono ... concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare". La possibilità di stipulare contratti atipici, "consente ai privati di organizzare le proprie operazioni contrattuali nei modi più conformi alle proprie esigenze, e quindi più idonei a garantire l'efficienza della loro azione": così, Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, 422 ss. La libertà di stipulare contratti atipici, può però incontrare limiti in relazione a determinati beni, attività o interessi. In questi casi la legge stabilisce determinati tipi contrattuali e vieta di fare contratti che non si possano ricondurre ad essi, ritenendo che, in tale settore regolamenti diversi da quelli tipizzati, non sistemerebbero

in maniera adeguata gli interessi presenti. Il divieto di stipulazione di contratto atipico è presente, per le convenzioni matrimoniali atipiche e per i contratti agrari atipici, ma non discende dalla seconda parte dell'art. 1322. L'art. 1322, comma 2, stabilisce, infatti, che i privati possono concludere contratti atipici "purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico". Secondo tale disposizione, un contratto merita disapprovazione non in quanto socialmente indifferente, ma solo in quanto socialmente dannoso o pericoloso: cioè in quanto illecito. Di conseguenza i contratti atipici che non sono "diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela" e quindi vietati dall'art. 1322 secondo comma sono quei contratti che sono contrari a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

(40) Nel caso del contratto di «skipass» la causa deve essere riscontrata nel pagamento della somma dello skipass da parte dell'utente, finalizzata ad ottenere una prestazione di servizi che vanno dal trasporto dello sciatore da valle a monte, alla preparazione, innnevamento e battitura delle piste, al servizio di pronto soccorso nel caso di incidente; si è dunque in presenza di un contratto di «utilizzo» di una struttura predisposta per permettere la pratica di una determinata attività sportiva, concluso attraverso un comportamento concludente.

(41) Così Viola, *op. cit.*, 47; cfr. anche De Bassa, *In tema di responsabilità del gestore di impianti di risalita e tutela dell'utente*, in *Riv. giur. circ. e trasp.*, 1989, 768; Bevilacqua, *Responsabilità per infortuni da difetto di manutenzione e apprestamento delle piste da sci*, in *Riv. dir. sport.*, 1983, 536; in giurisprudenza cfr. App. Torino 5 luglio 1997, in *Arch. giur.*, 1998, 500; Trib. Massa Carrara 14 maggio 1996, in *Arch. giur.*, 1996, 1399; Pret. Aosta 24 dicembre 1993, in *Giur. mer.*, 1994, 315; Trib. Torino 24 ottobre 1991, in *Arch. giur.*, 1992, 86.

(42) Così si è espressa per la prima volta, ma solo *incidenter tantum*, la III Sezione della Suprema Corte di Cassazione nella sentenza del 15 febbraio 2001, n. 2216, in Danno e Responsabilità, 2001, 372, con nota di Carbone.

(43) Cfr. anche Trib. Pinerolo 18 ottobre 2000, in questa *Rivista*, 2002, 75, con nota di Bona. Questa sentenza evidenzia che il contratto di «skipass» costituisce un contratto atipico in forza del quale, dietro corresponsione di un certo corrispettivo commisurato alla durata del contratto stesso, la società gestrice offre la possibilità di godere dei servizi di risalita nonché di utilizzare le piste predisposte per la pratica dello sci. Pertanto, costituendo questo l'oggetto del contratto, la società che fornisce questi servizi deve necessariamente non solo limitarsi a mettere a disposizione gli impianti di risalita e le piste di discesa, ma anche attrezzare e mantenere gli stessi in modo tale da consentire agli utenti di poterne fruire e di poterlo fare in modo sicuro

(44) Inedita e segnalata da Bona, Castelnovo e Monateri, "La responsabilità civile nello sport", Milano, 2002, p. 141

(45) R. Campione, "Gestione dell'area sciabile e regole di responsabilità", in La Responsabilità Civile, 12/2006, p. 979

(46) In linea con Trib. Modena 12 novembre 1990, in *Dir. Trasporti*, 1992, 579. Il Tribunale per argomentare la propria decisione è partito dalla constatazione che il gestore si propone allo sciatore quale soggetto obbligato sia per la fase del trasporto, sia per la successiva discesa. È questa duplice posizione del gestore che, secondo il Tribunale induce «il contraente del contratto di trasporto a ritenere in buona fede la controparte obbligata non solo a garantire l'utilizzazione sicura dell'impianto di risalita, ma anche una pista priva di insidie non segnalate e difficilmente frangibili anche con una particolare perizia». Come sostiene il Tribunale da ciò conseguirebbe che la violazione di tale obbligo comporterebbe, accanto ad una responsabilità extracontrattuale del gestore, ricollegabile al suo ruolo di custode della pista (art. 2051 c.c.) anche una responsabilità per inadempimento contrattuale

(47) M. Bona, "Contratto di skipass e obblighi del gestore delle piste", in Danno e Responsabilità, 1/2002, p. 75

(48) Art. 1176: "Diligenza nell'adempimento"

Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia.

Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.

(49) Art. 1175: "Comportamento secondo correttezza"

Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza

(50) Cass. Civ., sez. III, 15/02/2001, n. 2216

(51) Così Giudiceandrea, *La responsabilità civile e penale del gestore degli impianti di risalita*, in *Riv. dir. sport.*, 1982, 301

(52) Così Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1967, 43; Chinè, *Con la neve alta così: di sci, impianti di risalita e responsabilità civile*, in *Riv. dir. sport.*, 1995, 557; Alpa, *La responsabilità civile in genere e nell'attività sportiva*, in *Riv. dir. sport.*, 1984, 448.

(53) Le Regioni e le Province autonome, grazie alla competenza legislativa in campo turistico e sportivo, nel tempo hanno avuto modo di legiferare anche al fine di disciplinare la circolazione sulle piste da sci. Per molti anni si è dovuto guardare alla produzione legislativa regionale come punto di riferimento. Questa produzione normativa era abbondante e spesso proveniva da Regioni diverse da quelle come la Valle d'Aosta, il Piemonte, il Trentino Alto Adige tanto per citarne alcune, a cui si associa usualmente l'immagine dello sci. Un esempio di normativa locale disciplinante la condotta sulle piste, è dato dall'art. 51 della legge della Provincia Autonoma di Trento del 21 aprile 1987, n. 7 ove viene stabilito che: «Ogni sciatore deve comportarsi in modo da non mettere in pericolo l'incolumità altrui o provocare danni a persone o cose. Lo sciatore deve inoltre attenersi alle regole di comportamento definite dal regolamento di esecuzione ed alle prescrizioni imposte dalla segnaletica. È vietato percorrere la pista con mezzi diversi dagli sci, fatta eccezione per i mezzi meccanici adibiti al servizio delle piste e degli impianti, ed è altresì vietato percorrere con sci non idonei le piste da fondo. I Sindaci possono integrare la disciplina prevista dal presente articolo con ordinanze contenenti ulteriori prescrizioni idonee ad assicurare il corretto utilizzo delle piste da parte dell'utente», nonché l'art. 30 *ter* del regolamento d'attuazione della legge ora citata. Secondo questa normativa il comportamento degli sciatori e, più in generale, la circolazione sulle piste, viene ad essere regolamentata giuridicamente, almeno a livello locale. La violazione di questi precetti comporta una specifica responsabilità amministrativa, civile e penale. Spesso, tramite queste leggi, rimaneva aperto il problema dei modelli ai quali fare riferimento per evidenziare la pericolosità del comportamenti descritti in maniera generica nei testi normativi citati. Il modello a cui solitamente le leggi rimandavano in maniera implicita o esplicita era il *decalogo* dello sciatore.

(54) Legge di pura modifica della l.r. 3/1993 «Disciplina dell'offerta turistica della regione Emilia-Romagna. Programmazione e finanziamento degli interventi», oggi abrogata dalla l.r. 40/2002

(55) Pubblicata in G.U. 5 gennaio 2004, n. 3, ed è entrata in vigore il 20 gennaio 2004. In argomento sia consentito rinviare a M. Flick, *Sicurezza e responsabilità nella pratica degli sport invernali, alla luce della legge 24.12.2003, n. 363*, in *Danno e Responsabilità Rivista*, 2004, 475; cfr. Campione, *Le nuove norme in materia di responsabilità e sicurezza nell'attività sciistica*, in *Contr. e impr.*, 3, 2004, 1305 ss; Viglione, *La nuova disciplina in materia di sicurezza nella pratica degli sport invernali: la responsabilità per danni derivanti da attività sciistica*, in *Studium iuris*, 2004, 858; Fanticini, *La prevenzione degli infortuni nelle stazioni sciistiche*, in *La tutela della salute nelle attività motorie e sportive: la prevenzione degli infortuni*, a cura di Bottari, Rimini, 2004, 155 ss; Chieppa e Dell'Antonio «*La nuova legge sullo sci: regole di comportamento e responsabilità nelle aree sciabili - lo sci alpinismo, lo sci fuoripista e le competenze nell'attività di prevenzione valanghe*», in *Diritto e Formazione*, 2005, p. 177

(56) Così l'art. 22, legge 363/2003: «Le Regioni, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono tenute ad adeguare la propria normativa alle disposizioni di cui alla legge stessa e a quelle che costituiscono principi fondamentali in tema di sicurezza individuale e collettiva nella pratica dello sci e degli altri sport della neve».

(57) Così l'art. 2, legge 363/2003: «1. Sono aree sciabili attrezzate le superfici innevate, anche artificialmente, aperte al pubblico e comprendenti piste, impianti di risalita e di innevamento, abitualmente riservate alla pratica degli sport sulla neve quali: lo sci, nelle sue varie articolazioni; la tavola da neve, denominata «snowboard»; lo sci di fondo; la slitta e lo slittino; altri sport individuati dalle singole normative regionali.

2. Al fine di garantire la sicurezza degli utenti, sono individuate aree a specifica destinazione per la pratica delle attività con attrezzi quali la slitta e lo slittino, ed eventualmente di altri sport della neve, nonché le aree interdette, anche temporaneamente, alla pratica dello snowboard.

3. Le aree di cui ai commi 1 e 2 sono individuate dalle regioni. L'individuazione da parte delle regioni equivale alla dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza e rappresenta il presupposto per la costituzione coattiva di servitù connesse alla gestione di tali aree, previo pagamento della relativa indennità, secondo quanto stabilito dalle regioni.

4. All'interno delle aree di cui al comma 1, aventi più di tre piste, servite da almeno tre impianti di risalita, i comuni interessati individuano, nelle giornate in cui non si svolgono manifestazioni agonistiche, i tratti di pista da riservare, a richiesta, agli allenamenti di sci e snowboard agonistico. Le aree di cui al presente comma devono essere separate con adeguate protezioni dalle altre piste, devono essere munite di casco protettivo omologato, ad eccezione di chi svolge il ruolo di allenatore.

5. All'interno delle aree di cui al comma 1, aventi più di venti piste, servite da almeno dieci impianti di risalita, i comuni interessati individuano le aree da riservare alla pratica di evoluzioni acrobatiche con lo sci e lo snowboard (snowpark). Le aree di cui al presente comma devono essere separate con adeguate protezioni dalle altre piste, devono essere dotate di strutture per la pratica delle evoluzioni acrobatiche, devono essere regolarmente mantenute, e tutti coloro che le frequentano devono essere dotati di casco protettivo omologato.

(58) M. Stesa e L. Valle, «*La responsabilità sciistica*», 2012, p. 11 e ss.

(59) Art. 3 c. 1 della l. 363/2003 «1. I gestori delle aree individuate ai sensi dell'articolo 2 assicurano agli utenti la pratica delle attività sportive e ricreative in condizioni di sicurezza, provvedendo alla messa in sicurezza delle piste secondo quanto stabilito dalle regioni. I gestori hanno l'obbligo di proteggere gli utenti da ostacoli presenti lungo le piste mediante l'utilizzo di adeguate protezioni degli stessi e segnalazioni della situazione di pericolo».

(60) Art. 3 c. 2 della l. 363/2003 «2. I gestori sono altresì obbligati ad assicurare il soccorso e il trasporto degli infortunati lungo le piste in luoghi accessibili dai più vicini centri di assistenza sanitaria o di pronto soccorso, fornendo annualmente all'ente regionale competente in materia l'elenco analitico degli infortuni verificatisi sulle piste da sci e indicando, ove possibile, anche la dinamica degli incidenti stessi. I dati raccolti dalle regioni sono trasmessi annualmente al Ministero della salute a fini scientifici e di studio».

(61) Art. 7 c. 1 della l. 363/2003 «1. I gestori delle aree individuate ai sensi dell'articolo 2 provvedono all'ordinaria e straordinaria manutenzione delle aree stesse, secondo quanto stabilito dalle regioni, curando che soddisfino i necessari requisiti di sicurezza e che siano munite della prescritta segnaletica

(62) Art. 7 c. 2 della l. 363/2003 2. Qualora la pista presenti cattive condizioni di fondo, il suo stato deve essere segnalato. Qualora le condizioni presentino pericoli oggettivi dipendenti dallo stato del fondo o altri pericoli atipici, gli stessi devono essere rimossi, ovvero la pista deve essere chiusa. Le segnalazioni riguardanti lo stato della pista o la chiusura della stessa vanno poste, in modo ben visibile al pubblico, all'inizio della pista, nonché presso le stazioni di valle degli impianti di trasporto a fune»

(63) Il 2° c. prevede che qualora il gestore non ottemperi a tali obblighi gli venga comminata una sanzione amministrativa da 20.000 a 200.000 Euro. Il 3° c. dispone che il rilascio delle autorizzazioni per la gestione di nuovi impianti è subordinato alla stipula del contratto di assicurazione di cui al c. 1, e che le autorizzazioni già rilasciate sono sospese fino alla stipula del contratto di assicurazione, qualora il gestore non provveda entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge

(64) Cfr. Chiesi, *op. cit.*, «Tale passaggio, si badi, è importante, considerato che la inosservanza dell'obbligo predetto - che vige anche per i rapporti autorizzatori in itinere - comporta il pagamento di una sanzione amministrativa, il diniego dell'autorizzazione per la gestione di nuovi impianti e, soprattutto, la sospensione delle autorizzazioni già rilasciate e ciò fino, ovviamente, alla stipula del contratto di assicurazione (art. 4)»

(65) La formulazione della norma richiede uno sforzo esegetico per individuare chi siano i soggetti terzi rispetto al rapporto tra il gestore e lo sciatore munito di biglietto alla luce di quanto statuito dall'art. 15 della stessa legge, che impedisce di percorrere a piedi la pista salvo per ragioni di urgenza, sembra configurare a carico del gestore un obbligo risarcitorio per i soggetti lesi che si trovino nell'area sciabile abusivamente, o che stiano percorrendo tale area con la prescritta autorizzazione oppure che vi si trovino per ragioni di servizio

(66) Cfr. anche Trib. Pinerolo 18 ottobre 2000, in *Danno e Responsabilità*, 2002, 75, con nota di Bona. Questa sentenza evidenzia che il contratto di «skipass» costituisce un contratto atipico in forza del quale, dietro corresponsione di un certo corrispettivo commisurato alla durata del contratto stesso, la società gestrice offre la possibilità di godere dei servizi di risalita nonché di utilizzare le piste predisposte per la pratica dello sci. Pertanto, costituendo questo l'oggetto del contratto, la società che

fornisce questi servizi deve necessariamente non solo limitarsi a mettere a disposizione gli impianti di risalita e le piste di discesa, ma anche attrezzare e mantenere gli stessi in modo tale da consentire agli utenti di poterne fruire e dipotarlo fare in modo sicuro

(67) Cass., sez. III, 15 febbraio 2001, n. 2216, in *Danno e Responsabilità*, 2001, 372, con nota di Carbone. «Il contratto tra uno sciatore e il gestore di un impianto di risalita è di trasporto atipico essendo questo non fine a se stesso, ma funzionalizzato all'attività sciistica su piste sicure, che però il gestore non ha l'obbligo di mantenere in buono stato. Pertanto, se a causa di difettosa manutenzione delle stesse uno sciatore si infortuna, non può agire nei confronti del gestore per responsabilità contrattuale. Non può inoltre neppure agire nei confronti del medesimo a titolo di responsabilità extracontrattuale ai sensi degli artt. 2050 o 2051 c.c., dovendosi escludere sia la natura intrinsecamente pericolosa dell'attività di esercizio di impianto di risalita - non qualificata tale da norme destinate a prevenire sinistri e a tutelare l'incolumità pubblica, né tale risultando per la natura delle cose o dei mezzi adoperati - sia la qualità di custode delle piste da parte del gestore dell'impianto»

(68) Cfr. Cass. Civ., 16/05/1990, n. 4237, in *Giustizia Civile Massimata*, 1990; Cass. Civ., 28/08/1989, n. 3737, in *Giustizia Civile Massimata*, 1989

(69) Responsabilità da cosa in custodia, nota a sent. n. 2563 del 16/01/2007, in *Giurisprudenza Italiana*, 11/2007, p. 2443

(70) La dottrina sottolinea come la giurisprudenza ammetta con larghezza il carattere liberatorio dell'intervento fatto del danneggiato, soprattutto ove sia ad esso ascrivibile un comportamento imprudente (Monateri, *“le fonti delle obbligazioni”*, 3, *“la Responsabilità civile”*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1998, p. 1060), mentre sia più restrittiva nel ritenere raggiunta la prova del fatto fortuito naturale (Franzoni, *“L'illecito”*, in *Tratt. Franzoni*, Torino, 2004, p. 433). Cfr. in giurisprudenza Cass. Civ., 12/09/2005, n. 18094, in *Danno e Responsabilità*, 2006, p. 519, con nota di Capecci *“Responsabilità civile e interruzione del nesso causale”*, secondo cui *“con riguardo all'illecito civile si ha interruzione del nesso causale per effetto del comportamento sopravvenuto di altro soggetto, che può identificarsi anche con lo stesso danneggiato, quando il fatto di costui si ponga, ai sensi dell'art. 41 c.2 c.p., come unica ed esclusiva causa dell'evento di danno, si da privare dell'efficienza causale e rendere giuridicamente irrilevante il precedente comportamento dell'autore dell'illecito”*.

(71) Cfr. Trib. Modena 12 novembre 1990, in *Dir. trasp.*, 1992, 579. Il Tribunale per argomentare la propria decisione è partito dalla constatazione che il gestore si propone allo sciatore quale soggetto obbligato sia per la fase del trasporto, sia per la successiva discesa. È questa duplice posizione del gestore che, secondo il Tribunale induce «il contraente del contratto di trasporto a ritenere in buona fede la controparte obbligata non solo a garantire l'utilizzazione sicura dell'impianto di risalita, ma anche una pista priva di insidie non segnalate e difficilmente frangibili anche con una particolare perizia». Come sostiene il Tribunale da ciò conseguirebbe che la violazione di tale obbligo comporterebbe, accanto ad una responsabilità extracontrattuale del gestore, ricollegabile al suo ruolo di custode della pista (art. 2051 c.c.), anche una responsabilità per inadempimento contrattuale.

(72) Cfr. anche Trib. Pinerolo 18 ottobre 2000, in *Danno e Responsabilità*, 2002, 75, con nota di Bona. Questa sentenza evidenzia che il contratto di «skipass» costituisce un contratto atipico in forza del quale, dietro corresponsione di un certo corrispettivo commisurato alla durata del contratto stesso, la società gestrice offre la possibilità di godere dei servizi di risalita nonché di utilizzare le piste predisposte per la pratica dello sci. Pertanto, costituendo questo l'oggetto del contratto, la società che fornisce questi servizi deve necessariamente non solo limitarsi a mettere a disposizione gli impianti di risalita e le piste di discesa, ma anche attrezzare e mantenere gli stessi in modo tale da consentire agli utenti di poterne fruire e di poterlo fare in modo sicuro.

(73) Nel caso del contratto di skipass l'acquisto dello stesso da parte dell'utente, è finalizzato ad ottenere una prestazione di servizi che vanno dal

trasporto dello sciatore da valle a monte, alla preparazione, innevamento e battitura delle piste, al servizio di pronto soccorso nel caso di incidente: si è dunque in presenza di un contratto di «utilizzo» di una struttura predisposta per permettere la pratica di una determinata attività sportiva, concluso attraverso un comportamento concludente. Viola, in *La responsabilità civile nell'incidente sciistico*, Forlì, 2002, 52.

(74) M. Di Mattia, *“Bollettino neve: giro di vite contro i gestori piste da sci”*, in *Danno e Responsabilità*, 5/2011, p. 520

(75) Cass., sez. III, 15 febbraio 2001, n. 2216, in *Danno e Responsabilità*, 2001, 372, con nota di Carbone. «Il contratto tra uno sciatore e il gestore di un impianto di risalita è di trasporto atipico essendo questo non fine a se stesso, ma funzionalizzato all'attività sciistica su piste sicure, che però il gestore non ha l'obbligo di mantenere in buono stato. Pertanto, se a causa di difettosa manutenzione delle stesse uno sciatore si infortuna, non può agire nei confronti del gestore per responsabilità contrattuale. Non può inoltre neppure agire nei confronti del medesimo a titolo di responsabilità extracontrattuale ai sensi degli artt. 2050 o 2051 c.c., dovendosi escludere sia la natura intrinsecamente pericolosa dell'attività di esercizio di impianto di risalita - non qualificata tale da norme destinate a prevenire sinistri e a tutelare l'incolumità pubblica, né tale risultando per la natura delle cose o dei mezzi adoperati - sia la qualità di custode delle piste da parte del gestore dell'impianto».

(76) Trib. di Napoli, sent. del 25/01/2011

(77) Cfr. Trib. Torino 23 aprile 1987, cit., *“Il contratto stipulato con il gestore di un impianto di risalita riguarda il servizio di trasporto a monte con il mezzo, ma non può estendere i suoi effetti alla successiva discesa effettuata dallo sciatore con autonoma determinazione e condotta; pertanto per quanto possano essere strettamente collegati impianti di risalita e piste da discesa, non è possibile in alcun modo ravvisare unicità di rapporto giuridico e di responsabilità in capo al gestore degli impianti”*

(78) Sul punto rileva notare come si è espressa la Suprema Corte di Cassazione a sezioni unite con la sentenza 1° ottobre 2003, n. 14669, ove è stata stabilita la *“vessatorietà della clausola con cui si designa come sede del foro competente, in relazione alle controversie derivanti dal contratto concluso tra un professionista e un consumatore, una località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo di quest'ultimo”*, in *Corriere Giur.*, 2003, 1427 con nota di Conti. Questa pronuncia pare eliminare il contrasto giurisprudenziale che si era creato riguardo all'esclusività del foro del consumatore. *Contra* Cass., sez. III, 24 luglio 2001, n. 10086, ove la Suprema Corte aveva stabilito che *“Non può condividersi l'assunto secondo cui l'art. 1469 bis, comma 3, n. 19, c.c. abbia introdotto un foro esclusivo a vantaggio del consumatore (...)”*

(79) Cfr. Cass. Civ., sez. III, 06/02/2007, n. 2563

(80) Corte d'Appello di Roma, sez. III, 15/01/2013

(81) Articolo 1322: *“Autonomia contrattuale”*

Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative).

Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

(82) Corte d'Appello di Roma, sez. III, 15/01/2013

(83) R. Campione, *“Attività sciistica e responsabilità civile”*, ed. Dupress, 2007, p. 23 e ss.

(84) Così Giudiceandrea, *La responsabilità civile e penale del gestore degli impianti di risalita*, in *Riv. dir. sport.*, 1982, 301

(85) Intervento dell'avv. U. Carassale a *“Montagna, Rischio e Assicurazione”* del 5/04/2013 della Fondazione Courmayeur, *“Il contratto di assicurazione”*

(86) Cass. Pen., sez. IV, 11/07/2007 n. 39619

(87) M. Di Mattia, *“Bollettino neve: giro di vite contro i gestori piste da sci”*, in *Danno e Resp.*, 5/2011, p. 520.

La responsabilità dei liquidatori delle società di capitali per il mancato pagamento di creditori sociali

Alberto Palermo

Dottore in Giurisprudenza

Sommario: 1. *Responsabilità dei liquidatori e profili problematici. Tra principio concorsuale e altri criteri di ripartizione dell'attivo.* - 2. *Il quadro normativo di riferimento.* - 3. *Orientamenti giurisprudenziali. A. La tesi dell'inapplicabilità del principio della par condicio creditorum alle procedure di liquidazione volontaria delle società di capitali. Il principio prior in tempore, potior in iure. B. La tesi dell'estensibilità della par condicio creditorum alle procedure di liquidazione volontaria. Il carattere generale del principio di cui all'art. 2741 c.c.. C. La posizione della giurisprudenza milanese. D. Una recentissima decisione del Tribunale di Genova.* - 4. *La dottrina.* - 5. *Considerazioni conclusive.*

1. Responsabilità dei liquidatori e profili problematici. Tra principio concorsuale e altri criteri di ripartizione dell'attivo.

La questione della responsabilità dei liquidatori di società di capitali per mancato pagamento dei creditori sociali è assai dibattuta e risulta ancora oggi controversa in giurisprudenza e dottrina.

Uno dei principali problemi riguarda il criterio che deve essere impiegato dal liquidatore nella ripartizione del patrimonio sociale durante la fase di liquidazione.

In particolare, ci si è chiesti se il liquidatore sia vincolato a seguire un criterio di ripartizione fondato sul principio della *par condicio creditorum* (che impone di soddisfare i crediti proporzionalmente alla capienza del patrimonio sociale e secondo l'ordine dei privilegi) o se, invece, rientri nel suo potere discrezionale decidere quali obbligazioni adempiere prioritariamente, anche a prescindere da eventuali cause legittime di prelazione.

È evidente come il problema si ponga concretamente qualora il patrimonio della società non sia sufficiente a soddisfare integralmente tutti i creditori sociali, con la conseguenza che alcuni di questi potrebbero risultare completamente pretermessi da qualunque distribuzione in base al criterio di ripartizione scelto dal liquidatore e potrebbero, quindi, agire in giudizio per cercare di ottenere il risarcimento del danno subito a causa del comportamento del liquidatore.

Per valutare l'accogliibilità di tali pretese risarcitorie, la giurisprudenza - e la dottrina, commentando le pronunce in materia - si è, quindi, dovuta interrogare in merito all'esistenza o meno, a carico del liquidatore, di un obbligo di rispetto del principio della *par condicio creditorum* quale criterio cui improntare l'attività di estinzione dei debiti sociali, cui la fase di liquidazione è preordinata.

In proposito, si sono fronteggiate, come si vedrà, diverse posizioni, riconducibili essenzialmente a due filoni.

Prima di passare all'esame di tali orientamenti giurisprudenziali appare, tuttavia, opportuno premettere un breve esame delle norme sostanziali rilevanti in merito all'attività e alla responsabilità dei liquidatori, ampiamente modificate ad opera della legge di riforma del diritto societario intervenuta nel 2003.

2. Il quadro normativo di riferimento.

Con la legge di riforma del diritto societario del 2003, il Legislatore - con l'obiettivo di massimizzare il valore di liquidazione della società - è intervenuto ampliando l'ambito dei poteri conferiti ai liquidatori, quali successori degli amministratori nella gestione so-

ciale, disciplinandone direttamente i poteri, i doveri e le relative responsabilità nei confronti dei creditori sociali e dei soci.

L'art. 2489, comma 1, c.c. attribuisce ora ai liquidatori il potere di compiere tutti gli atti *utili* per la liquidazione, e non più solo quelli *necessari* alla liquidazione, come stabilito prima della novella del 2003 dal precedente testo dell'art. 2278, comma 1, c.c..

L'ufficio del liquidatore viene, così, investito di una competenza gestoria assai ampia, che si estende a qualunque atto diretto alla realizzazione dell'attivo e all'eliminazione del passivo sociale, in modo da consentire l'eventuale riparto finale del residuo.

In questa prospettiva, particolare rilievo ha assunto l'eliminazione, in seno all'art. 2489, comma 1, c.c., del rinvio all'art. 2279 c.c., che vietava ai liquidatori il compimento di nuove operazioni (sanzionandoli con la personale e solidale responsabilità in caso di violazione del divieto).

La nuova disciplina riconnette in capo al gestore della liquidazione il potere di compiere tutti gli atti anche indirettamente funzionali alla migliore realizzazione del procedimento estintivo, a prescindere da una irrilevante loro qualificazione in termini di novità.

Fermo restando il carattere conservativo e non propulsivo dell'attività dei liquidatori, il rinnovato assetto normativo ha, quindi, conferito agli stessi un ruolo più centrale ed attivo, dotandoli di una notevole discrezionalità tecnica relativa alle potenzialità gestionali nella fase della liquidazione, pur se vincolata alla prospettiva estintiva dell'ente. (1)

Per poter correttamente compiere tutte queste attività, il liquidatore deve, all'inizio della gestione, accertare con estremo rigore la situazione patrimoniale, economica e finanziaria in cui versa la società, munendosi di strumenti di verifica - cui la più recente dottrina fa riferimento in termini di "cruscotto di controllo" - per poter costantemente disporre del preciso quadro di riferimento patrimoniale dell'azienda amministrata.

Il liquidatore deve, quindi, procedere all'attività di liquidazione del patrimonio mobiliare e immobiliare della società, mediante la conversione in denaro dei beni, alla riscossione dei crediti ed alla definizione dei rapporti pendenti, e a quella di eliminazione del passivo, mediante la previa puntuale ricognizione dei debiti ed il loro pagamento con il ricavato del realizzo dell'attivo.

Compiuta la fase operativa della liquidazione, il liquidatore deve redigere il bilancio finale di liquidazione previsto dall'art. 2492 c.c., fondamentale documento contabile che prende in esame l'intera procedura e in cui il liquidatore rende conto delle operazioni svolte e della ripartizione dell'eventuale residuo attivo tra i soci.

Ai sensi dell'art. 2491, comma 2, c.c. i liquidatori non possono ripartire tra i soci accenti sul risultato della liquidazione, salvo che dai bilanci risulti che la ripartizione non incide sulla disponibilità di somme idonee alla integrale e tempestiva soddisfazione dei creditori sociali: l'art. 2633 c.c. sanziona penalmente la condotta dei liquidatori che abbiano ripartito i beni sociali tra i soci prima del pagamento dei creditori sociali, cagionando loro un danno.

Approvato il bilancio finale di liquidazione, il liquidatore deve chiedere ai sensi dell'art. 2495, comma 1, c.c. la cancellazione della società dal registro delle imprese e depositare i libri della società presso lo stesso registro delle imprese, dove saranno conservati per dieci anni *ex art.* 2496 c.c..

Nell'adempimento di tutte le suddette attività, i liquidatori devono agire con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico (l'art. 2489, comma 2, c.c. stabilisce, infatti, che "*i liquidatori debbono adempiere i loro doveri con la professionalità e diligenza richieste dalla natura dell'incarico e la loro responsabilità per i danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri è disciplinata secondo le norme in tema di responsabilità degli amministratori*", richiamando il regime di diligenza dettato per gli amministratori di società).

Come per gli amministratori, quindi, a seguito della riforma non

si fa più riferimento quale modello normativo di condotta - nel valutare l'operato dei liquidatori - alla diligenza del mandatario, come avveniva prima della riforma, bensì alla diligenza "qualificata" o professionale.

Si configura, in tal modo, un sistema generale di responsabilità che, operando quale clausola di chiusura del sistema, si affianca a tutte le ipotesi di responsabilità dei liquidatori per i danni derivanti dalla violazione di doveri specificamente previsti dalla legge (2).

Secondo quanto previsto dall'art. 2495, comma 2, c.c. (che riprende, sul punto, il previgente art. 2456, comma 2, c.c.), i creditori sociali che non sono stati soddisfatti durante la liquidazione della società, dopo la cancellazione di quest'ultima dal registro delle imprese, possono agire nei confronti dei liquidatori se il mancato pagamento è dipeso da loro colpa.

La responsabilità dei liquidatori si fonda, quindi, sul comportamento doloso o colposo degli stessi e presuppone che i creditori abbiano subito un danno ricollegabile eziologicamente a tale comportamento.

3. Orientamenti giurisprudenziali.

Nella giurisprudenza in tema di responsabilità dei liquidatori nei confronti dei creditori sociali a causa dei criteri di ripartizione del patrimonio sociale durante la fase di liquidazione, possono essere schematicamente messi in evidenza due orientamenti contrapposti.

Un esame a parte meritano, poi, la copiosa giurisprudenza del Tribunale di Milano e una recente decisione del Tribunale di Genova.

A. La tesi dell'inapplicabilità del principio della *par condicio creditorum* alle procedure di liquidazione volontaria delle società di capitali. Il principio *prior in tempore, potior in iure*.

Il primo filone giurisprudenziale, contrario al riconoscimento di un obbligo di rispetto della *par condicio* nelle procedure di liquidazione volontaria delle società, viene fatto risalire a due risalenti pronunce della Corte di Cassazione, nelle quali era stato espressamente affrontato il problema del criterio da seguire per la soddisfazione dei creditori sociali nel corso dell'attività di liquidazione. La posizione in favore dell'inesistenza di qualunque obbligo di rispetto della *par condicio creditorum* era stata dalla Suprema Corte argomentata facendo leva sulla mancanza di una disposizione normativa espressa in tal senso e sull'analisi delle finalità della fase liquidatoria.

Nella sentenza n. 1273 del 26.4.1968, la Suprema Corte affermava che "la liquidazione ordinaria della società non ha lo scopo di tutelare la *par condicio creditorum* ma quello di definire i rapporti in corso, sottoponendo indistintamente tutti i creditori, privilegiati e chirografari, al medesimo trattamento e mettendoli in grado di essere pagati, entro i limiti delle concrete disponibilità patrimoniali, via via che si presentano ad esigere quanto è loro dovuto". La successiva sentenza n. 792 del 25.3.1970 confermava integralmente il *dictum* della sentenza del 1968.

Nelle suddette pronunce, la Cassazione riteneva, in sostanza, che, nello svolgimento dell'attività di eliminazione del passivo - consistente nel pagamento dei debiti sociali e nell'adempimento di tutte le altre obbligazioni non pecuniarie della società - rientrasse nel potere discrezionale del liquidatore decidere se adempiere un'obbligazione anziché un'altra.

Nessuna responsabilità poteva, quindi, sorgere in capo a un liquidatore che non avesse seguito specifici ordini di priorità o regole di *par condicio* nei pagamenti, non sussistendo alcuna norma di legge che estendesse espressamente tali regole al di fuori delle procedure concorsuali.

Il principio di diritto espresso nelle suddette pronunce della Cassazione è stato accolto da una sentenza del Tribunale di Udine

(sentenza del 26.2.2010), che ha deciso in merito a un'azione di responsabilità promossa, ai sensi dell'art. 2489, comma 2, c.c., nei confronti del liquidatore di una S.r.l. ad opera di un creditore rimasto insoddisfatto all'esito della procedura di liquidazione. (3)

Con la propria iniziativa, l'attore assumeva che il liquidatore, pur disponendo di un attivo sociale sufficiente a soddisfare il suo credito - credito della cui esistenza il liquidatore era sicuramente a conoscenza poiché era stato accertato giudizialmente e successivamente iscritto nel bilancio - non aveva provveduto a pagarlo, nemmeno in parte, preferendo soddisfare altri creditori a suo danno, per il solo fatto che si erano presentati prima a richiedere il pagamento.

Il Tribunale di Udine ha rigettato la domanda attorea ritenendo insussistenti, nel caso in questione, elementi da cui ricavare una responsabilità del liquidatore, non riscontrando alcuna violazione dei doveri imposti dalla legge e dallo statuto e, in particolare, un'inosservanza dei doveri di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, con conseguente insufficienza dello stesso al soddisfacimento delle ragioni dei creditori.

Rilevava il giudice come il presupposto per il risarcimento dei danni *ex art.* 2394 c.c. - cui l'art. 2489, comma 2, c.c. fa rinvio, assoggettando il regime della responsabilità dei liquidatori a quello dettato per gli amministratori - sia rappresentato dall'inosservanza da parte del liquidatore dei doveri fissati dalla legge per la conservazione del patrimonio sociale, e anche, più in generale, del dovere di diligenza imposto dagli artt. 2392, comma 1, e 2489, comma 2, c.c. nella gestione dell'impresa sociale durante la fase liquidatoria.

L'inosservanza del dovere di diligenza non potrebbe, però, secondo il Tribunale di Udine, essere fondata sulla sola circostanza del pagamento di alcuni creditori a discapito di altri in caso di insufficienza del patrimonio sociale.

Secondo il giudice, la responsabilità del liquidatore potrebbe sorgere solo in relazione a specifici atti di *mala gestio* - quali il compimento di nuove operazioni sociali nel corso della liquidazione, la distrazione di somme a vantaggio proprio o di terzi, il pagamento dei propri compensi di liquidatore a scapito delle ragioni dei creditori - che non erano stati, nella specie, né allegati né provati da parte dell'attore.

Il Tribunale riteneva, pertanto, priva di pregio la doglianza attorea relativa alla violazione, da parte del liquidatore, dell'ordine dei privilegi nel pagamento dei crediti, quale autonoma fonte di responsabilità nei confronti del creditore danneggiato.

L'eventuale violazione di tale ordine, infatti, secondo il giudice, non avrebbe potuto essere sanzionata in sedi diverse da quella fallimentare (in cui tale condotta può integrare il reato di bancarotta preferenziale e può essere soggetta ad azione revocatoria *ex art.* 67 Legge Fallimentare).

Il principio della *par condicio creditorum*, infatti, secondo il Tribunale di Udine, presuppone l'apertura di una procedura concorsuale, quale non può essere qualificata l'operazione di liquidazione volontaria di una società di capitali, a differenza di quella concorsuale, secondo anche quanto argomentato dalle citate pronunce della Suprema Corte del 1968 e del 1970.

Pertanto, anche laddove fosse provata una violazione delle cause di prelazione fissate dalla legge, non potrebbe comunque riconoscersi una responsabilità in capo al liquidatore, ben potendo questi - nell'ambito del margine di discrezionalità riconosciutogli dalla legge nella gestione delle attività liquidatorie - fare applicazione del principio *prior in tempore potior in iure* invece che del principio della *par condicio*.

Per questi motivi, il Giudice friulano concludeva rigettando la domanda proposta dal creditore, ritenendo che non potesse essere fonte di responsabilità la condotta del liquidatore che, in caso di

insufficienza del patrimonio sociale, avesse destinato l'attivo risultante dal bilancio al soddisfacimento di alcuni creditori, pretermettendone altri (non sussistendo durante le operazioni di liquidazione volontaria alcun obbligo di rispetto del principio della *par condicio*), a meno che non fossero stati dimostrati specifici atti di *mala gestio*.

B. La tesi dell'estensibilità della *par condicio creditorum* alle procedure di liquidazione volontaria. Il carattere generale del principio di cui all'art. 2741 c.c..

L'orientamento che sostiene la necessità del rispetto della *par condicio* anche in fase di liquidazione volontaria prende spunto da un'ordinanza del Tribunale di Firenze del 7.9.1995, in cui si precisa che "i liquidatori di una società devono osservare la *par condicio* nel pagamento dei creditori sociali allorché le attività non consentono il pagamento integrale; contravvenendo a tale obbligo essi rispondono personalmente della differenza tra ciò che i singoli creditori avrebbero potuto percepire applicando la *par condicio* e ciò che di fatto abbiano percepito", nonché "quando le attività sociali si palesino insufficienti all'integrale pagamento dei creditori i liquidatori hanno l'obbligo di promuovere una procedura concorsuale" (4).

Il ragionamento dei giudici fiorentini si fonda sull'analisi dei compiti del liquidatore e dello scopo della liquidazione, quali emergono da una lettura sistematica delle disposizioni dettate in materia dal Codice Civile, sebbene nella versione anteriore alla novella del 2003.

Secondo il Tribunale di Firenze, la finalità principale della procedura liquidatoria deve essere ravvisata nella definizione dei rapporti esistenti tra la società ed i creditori.

Nell'espletamento del loro incarico, i liquidatori dovrebbero essere considerati - a parere dei giudici fiorentini - oltre che mandatari della società, anche e soprattutto mandatari *ex lege* dei creditori sociali.

La conferma normativa di questa tesi dovrebbe evincersi, secondo il Tribunale di Firenze, dall'interpretazione sistematica delle norme in tema di liquidazione e, in particolare, dall'art. 2280, comma 1, c.c. il quale vieta ai liquidatori, fino a che non siano stati interamente soddisfatti i creditori sociali, di effettuare qualsivoglia ripartizione del patrimonio sociale tra i soci ("i liquidatori non possono ripartire tra i soci, neppure parzialmente, i beni sociali, finché non siano pagati i creditori della società o non siano accantonate le somme necessarie per pagarli").

La suddetta disposizione dimostrerebbe l'assoluta centralità - nell'ambito del procedimento di liquidazione volontaria di società - del perseguimento degli interessi dei creditori sociali, la cui tutela (e quindi il relativo integrale pagamento o, comunque, il pagamento nel rispetto della *par condicio*) costituirebbe il compito primario dei liquidatori, caratterizzandone i poteri, i doveri e, di conseguenza, anche le responsabilità.

Atti e comportamenti che conducano ad un fine diverso dalla definizione di tutti i rapporti societari con i creditori e, quindi, all'integrale soddisfacimento delle loro ragioni rappresenterebbero, pertanto, una violazione del dovere di diligenza professionale di cui all'art. 2489, comma 2, c.c., fonte di responsabilità diretta nei confronti dei creditori danneggiati.

Se, infatti, la messa in liquidazione volontaria di una società è diretta esclusivamente alla realizzazione delle attività esistenti per la definizione dei rapporti pendenti, compito del liquidatore deve essere innanzitutto quello di accertare la vera situazione patrimoniale della società in liquidazione.

Una volta constatata l'incapienza del patrimonio sociale per l'integrale pagamento dei creditori man mano che i rispettivi crediti giungono a scadenza, il liquidatore diligente dovrebbe, allora, prendere atto dell'impossibilità di eseguire correttamente e compiutamente l'incarico e - anziché provvedere a pagare ugual-

mente, in tutto o in parte, senza un criterio percentuale perequativo i creditori man mano che si presentano, pur dovendo sapere di non poterli pagare tutti - promuovere senza indugio una procedura concorsuale per il soddisfacimento paritetico di tutti i creditori (sempreché non riesca a raggiungere lo stesso risultato con un regolamento convenzionale cui abbiano consentito tutti i creditori).

Se è, infatti, vero che il liquidatore, nelle ordinarie procedure di liquidazione volontaria, non è tenuto al rispetto del principio della *par condicio creditorum*, è pur vero - secondo i giudici fiorentini - che ciò si giustifica quando sia possibile la definizione di tutti i rapporti con i creditori, ma non anche quando ciò non sia realizzabile per l'insufficienza delle attività; in tal caso, si rende necessaria l'applicazione della *par condicio* per non pregiudicare ingiustificatamente alcun creditore a vantaggio di altri, come avverrebbe qualora fosse applicato il diverso principio del *prior in tempore, potior in iure*, conducendo a percentuali di soddisfazione inique, o, addirittura, al mancato pagamento di alcuni creditori.

Il liquidatore che operi pagamenti preferenziali di alcuni creditori a discapito di altri a fronte dell'incapienza della società dovrà, pertanto, rispondere del danno da questi subito ai sensi dell'art. 2489, comma 2, c.c..

L'ordinanza del Tribunale di Firenze ha suscitato talune perplessità nella dottrina che l'ha commentata. (5) In particolare, è stato rilevato come la liquidazione volontaria, a differenza di quella concorsuale, non possa essere considerata - come, invece, sostenuto dai giudici fiorentini - come un'attività svolta in funzione dell'esclusivo, o comunque preponderante, interesse dei creditori, in forza della sussistenza di un asserito mandato *ex lege*. Il pagamento dei creditori sociali rappresenterebbe solo il mezzo necessario per raggiungere lo scopo della procedura, ossia quello di addivenire alla ripartizione - effettiva o eventuale - del patrimonio della società tra i suoi soci. (6)

In questa prospettiva, la tutela dei creditori durante la liquidazione non si discosterebbe da quella ordinariamente loro riconosciuta nel corso della vita attiva della società, rimanendo assicurata dalla salvaguardia dell'integrità del capitale sociale, costituente la garanzia tipica predisposta a loro favore.

In tal senso, dunque, dovrebbe essere interpretato il divieto di anticipati riparti tra i soci di cui all'art. 2280 c.c., la cui violazione, a causa dello stato di liquidazione, risulterebbe, infatti, idonea a vanificare proprio la suddetta garanzia.

Garanzia, però, a cui non potrebbero aggiungersi ulteriori e specifici diritti e poteri in capo ai creditori, connessi alle peculiarità della situazione in cui si versa. (7)

La liquidazione volontaria si configura, infatti, come un procedimento voluto e avviato dai soci e che deve, pertanto, trovare in essi i naturali beneficiari dell'azione, proprio in ciò differenziandosi dalla liquidazione concorsuale. (8)

In aderenza con la natura e le caratteristiche suddette della liquidazione volontaria, ai creditori non è attribuito alcun potere di iniziativa in ordine all'apertura della liquidazione o alla nomina o alla revoca dei liquidatori; poteri che al contrario competono ai soci. Ciò porterebbe a concludere, a parere di una commentatrice dell'ordinanza, che gli interessi precipuamente e direttamente tutelati mediante il procedimento di liquidazione volontaria non siano in realtà - come sostenuto dal Tribunale di Firenze - quelli dei terzi creditori, le cui posizioni non subirebbero alcun mutamento in seguito all'apertura della procedura, bensì quelle dei soci, altrimenti non giustificandosi quei poteri - di iniziativa, di direzione generale, di controllo - a questi (e non ai primi) attribuiti dal Legislatore. (9)

Da tali considerazioni, discenderebbe, allora, l'impossibilità di ric collegare la responsabilità dei liquidatori verso i creditori sociali ri-

masti insoddisfatti alla violazione del generico dovere di diligenza nel compimento della liquidazione, scaturente da un supposto mandato loro conferito *ex lege*.

Al problema dell'eventuale esistenza di una responsabilità del liquidatore verso i creditori sociali per aver omesso di presentare istanza di fallimento anche di fronte all'incapienza del patrimonio sociale per l'integrale saldo del passivo non potrebbe, quindi, essere data risposta affermativa senza la previa individuazione di una specifica norma che imponga di rispettare il principio concorsuale anche nel corso della procedura di liquidazione volontaria.

Per la dottrina in esame, all'insussistenza nel nostro ordinamento di una tale norma (non potendo, in proposito, soccorrere neppure l'art. 217 n. 4 Legge Fallimentare, il quale, tra le ipotesi di bancarotta semplice, annovera anche la condotta di chi abbia aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal chiedere il fallimento) si potrebbe, però, ovviare tramite il ricorso all'art. 2043 c.c., quale diverso strumento di tutela per i creditori rimasti insoddisfatti. (10) Quando la reale situazione patrimoniale della società - che il liquidatore conosce o deve conoscere - sia tale da far ritenere altamente improbabile il pagamento di tutti i creditori, il comportamento del liquidatore che ometta di attivare una procedura concorsuale potrebbe essere, infatti, considerato *non iure*, ossia non giustificabile e quindi fonte di responsabilità *ex art. 2043 c.c.* nei confronti dei creditori, atteso l'ovvio pregiudizio che in una tale situazione il pagamento di uno o più creditori sociali arreca agli altri, riducendo, se non addirittura eliminando, le possibilità del loro soddisfacimento, e considerata la facoltà di evitarlo che comunque gli compete. (11)

L'impostazione assunta dal Tribunale di Firenze - che, nella nota di commento, era definita ancora minoritaria sia in giurisprudenza che in dottrina - ha, tuttavia, trovato ampio riscontro nella giurisprudenza e nella dottrina successive, sebbene - a seguito della riforma del diritto societario del 2003 - non possa più essere accolto il riferimento al mandato esercitato dai liquidatori nell'interesse dei creditori sociali.

L'orientamento favorevole a riconoscere l'applicabilità del principio della *par condicio* anche alla procedura di liquidazione volontaria è stato, infatti, abbracciato da numerose pronunce successive.

La Cassazione Civile, nella sentenza n. 3321/1996 ha, ad esempio, incidentalmente affermato che *“la valutazione del Giudice, ai fini dell'accertamento delle condizioni richieste per l'applicazione dell'art. 5 LF, deve essere rivolta ad accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali: un'eventuale situazione di incapacienza patrimoniale renderebbe necessaria l'apertura della procedura fallimentare, e la conseguente applicazione delle regole del concorso, poiché altrimenti, vi è il rischio che l'esecuzione dei pagamenti senza l'osservanza di un principio di proporzionalità si risolva in danno di coloro che siano in grado di far valere i loro diritti solo in un secondo momento”*. Secondo la Corte d'Appello di Napoli, *“si pone in violazione delle norme di comportamento degli artt. 2278 e 2452 il comportamento del liquidatore di una società che abbia dimostrato di operare ingiustamente un distinguo tra le pretese dei vari creditori della società, omettendo di pagare il debito della società nei confronti di altra società. In particolare, se a fine mandato vengono pagati tutti i debiti della società ad eccezione di uno, il suddetto comportamento, di fatto privilegia alcuni creditori a discapito di un creditore (...), determinando inevitabilmente un pregiudizio alle ragioni di quest'ultimo, per la violazione del principio della par condicio creditorum”* (Corte d'Appello di Napoli, sez. I, 10.6.2009).

Anche la giurisprudenza del Tribunale di Milano si è posta nell'ottica del riconoscimento di una responsabilità in capo al liquidatore per mancato pagamento di un credito, in violazione del

principio della *par condicio*, seppure attraverso un percorso motivazionale parzialmente diverso, che merita un breve approfondimento.

C. La posizione della giurisprudenza milanese.

Il Tribunale di Milano - e, in particolare, la VIII Sezione - ha affrontato in numerose sentenze il tema della responsabilità del liquidatore per mancato pagamento di creditori sociali alla luce della disciplina sia precedente sia successiva alla riforma del 2003, dimostrando una particolare sensibilità per il problema del rispetto della *par condicio creditorum*.

Si consideri, in proposito, la sentenza del 19 novembre 2004, in cui il Tribunale di Milano ha affermato - in relazione a una vicenda anteriore all'entrata in vigore della riforma - che *“il comportamento del liquidatore di una società che abbia dimostrato di operare ingiustamente un distinguo tra le pretese dei vari creditori della società, omettendo di pagare il debito della società nei confronti di una s.r.l., non appare privo di censure. Difatti è pacifico che egli, a fine mandato, aveva pagato tutti i debiti della società, ad eccezione di quello riferito alla s.r.l., che rimaneva l'unica pendenza. Il Tribunale ritiene che il suddetto comportamento, che ha di fatto privilegiato alcuni creditori a scapito di uno, si ponga in violazione delle norme di comportamento ricavabili dagli artt. 2278 c.c. e 2452 c.c. L'esito della controversia pendente con la s.r.l. e quella in liquidazione, invero, ha acclarato definitivamente che la società debitrice non aveva alcuna valida giustificazione per opporsi al credito della s.r.l. A sua volta il liquidatore, nella pendenza di un giudizio di opposizione che rendeva incerta la pretesa del creditore, comunque azionata per via giudiziale, ha omesso di verificare la possibilità di un componimento bonario della vicenda, che certamente sarebbe stata a vantaggio della società rappresentata, e ha proceduto al pagamento degli altri creditori, nonostante l'incapienza dei fondi per pagare tutti i debiti della società, determinando inevitabilmente un pregiudizio alle ragioni di un creditore che, altrimenti, avrebbe dovuto essere equamente distribuito tra tutti i creditori, nel rispetto della “par condicio creditorum”. (...) Non discostandosi la responsabilità dei liquidatori da quella prevista per gli amministratori, pertanto, la tutela dei creditori della società, pur non enucleandosi espressamente nel principio della “par condicio creditorum” (previsto solo nelle procedure concorsuali che si aprono in caso di insolvenza della società), si attua indirettamente e necessariamente con la salvaguardia dell'integrità del capitale sociale (art. 2394 c.c.), costituente la garanzia tipica predisposta a favore dei creditori. Entro tale logica, dunque, si deve ricondurre l'art. 2280 c.c., laddove pone il divieto di anticipare riparti tra i soci che si pongano in contrasto con le ragioni dei creditori sociali. La valutazione dell'operato dei liquidatori, pertanto, non può prescindere dalla finalità stessa della liquidazione che consiste nell'accertamento definitivo e nella divisione tra i soci dell'eventuale utile finale dell'attività economica esercitata in comune, che viene per ciò stesso a riflettersi positivamente anche sui creditori sociali, dovendosi indefettibilmente passare attraverso il loro soddisfacimento. La valutazione dell'operato del liquidatore, dunque, deve operarsi tenendo conto della ricostruzione giuridica sopra proposta. In quest'ottica, la responsabilità del liquidatore convenuto verso il creditore sociale non discende tanto da un mandato “ex lege” conferito a protezione degli interessi dei creditori, difficilmente configurabile solo sulla base delle norme sopra citate, bensì nel mandato più generale posto a tutela del patrimonio sociale nella delicata fase della liquidazione, in cui esso si deve dimostrare capiente ai fini del pagamento dei debiti sociali e, solo eventualmente, ai fini della divisione dei cespiti tra i soci. Alla luce di quanto sopra, pertanto, appare evidente che il comportamento omissivo del liquidatore, che non ha considerato un credito verso la società posta in liquidazione, e ha esaurito la liquidità della società pagando solo gli altri creditori, si profila come un atto di “mala gestione” censurabile e ingiustificato, atteso che anche le situazioni che possono apparire incerte debbono essere tenute in conto ai fini dell'attività di pagamento e della redazione del bilancio di liquidazione, non potendo certamente essere obliterate”*.

Con la sentenza n. 14632 del 22.12.2010, il Tribunale milanese - facendo riferimento, invece, alla normativa novellata - ha affermato che *“il liquidatore (...) ha proceduto al pagamento degli altri creditori, nonostante l’incapienza dei fondi per pagare tutti i debiti della società, determinando inevitabilmente un pregiudizio alle ragioni di un creditore che, altrimenti, avrebbe dovuto equamente essere distribuito tra tutti i creditori, nel rispetto della par condicio”*.

Nello stesso senso si è mossa anche la sentenza dell’8.3.2011 in cui il Tribunale di Milano, pur rigettando la domanda risarcitoria formulata dal creditore verso il liquidatore ex art. 2495 c.c. per mancata prova degli elementi costitutivi della pretesa, ha confermato la ricostruzione suddetta. (12)

Riconosciuta - in omaggio ad un orientamento largamente maggioritario in dottrina e giurisprudenza (cfr., *ex plurimis*, Cass. Civ., sez. I, n. 3216/1994) - la natura extracontrattuale della responsabilità del liquidatore per mancato pagamento dei creditori (rilevando, da un lato, la mancata preesistenza di un vincolo obbligatorio tra creditore e liquidatore e, dall’altro, l’espresso richiamo effettuato dall’art. 2489 c.c. alle norme che disciplinano la responsabilità degli amministratori, che ha natura aquiliana), il Tribunale di Milano ha fatto discendere l’onere in capo al creditore di provare i fatti costitutivi di tale responsabilità, ossia di dimostrare: i) la condotta colposa del liquidatore; ii) il pregiudizio subito da parte del creditore e iii) il nesso di causalità tra la condotta posta in essere dal liquidatore e il pregiudizio subito.

Con riferimento al profilo della colpa, il Tribunale ha evidenziato come l’art. 2489, comma 2, c.c. imponga ai liquidatori di adempiere i propri doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell’incarico (cd. diligenza professionale), e ha conseguentemente riconosciuto configurabile una condotta colposa in caso di mancato pagamento dei crediti conosciuti o conoscibili - tra cui rientrano, senz’altro, le passività derivanti da diffide, accertamenti tributari o procedimenti giudiziari - utilizzando la diligenza richiesta.

Nel caso di specie, tuttavia, il Tribunale ha concluso per il rigetto della domanda attorea, rilevando come il creditore non avesse in alcun modo provato la condotta colposa del liquidatore tramite la dimostrazione dell’omessa conservazione dell’integrità patrimoniale o *“per eventuale violazione di par condicio creditorum”*.

Evidente quindi - anche in tale pronuncia - l’affermazione, in termini astratti, di un possibile riconoscimento di responsabilità in capo al liquidatore per il mancato rispetto della *par condicio* in caso di insufficienza della massa attiva all’integrale soddisfazione dei crediti.

D. Una recentissima decisione del Tribunale di Genova.

Anche il Tribunale di Genova, in composizione collegiale, nella recentissima pronuncia n. 1125 del 2.4.2013 si è dovuto confrontare con il problema dell’esistenza o meno, in capo al liquidatore, di un dovere di rispetto di forme concorsuali nella ripartizione dell’attivo sociale, dovendo decidere su una controversia instaurata ad opera di un creditore rimasto parzialmente insoddisfatto all’esito della fase liquidatoria (nonostante, peraltro, fosse stato anche ripartito un residuo attivo tra i soci).

Il Collegio genovese ha dapprima rilevato - contrariamente a quanto sostenuto dal Tribunale di Firenze nella citata ordinanza del 1995 - come non possa ritenersi condivisibile la tesi per cui i liquidatori dovrebbero essere considerati, nell’esercizio della loro gestione, quali mandatari dei creditori sociali.

Ciò, infatti, potrebbe portare a configurare, a loro carico, un inaccettabile onere di attivarsi per sollecitare i creditori meno diligenti ad avanzare le proprie pretese nel corso della fase di liquidazione, ponendosi, in tal modo, in contrasto con l’interesse di società e soci. Un tale onere comunicativo/propulsivo può, pertanto, secondo il Tribunale, essere ricondotto al solo curatore fallimentare.

Il Tribunale di Genova ha, tuttavia, proseguito affermando di ritenere legittima una soddisfazione dei creditori sociali fondata sulla mera pozionalità temporale solo laddove il patrimonio della società in liquidazione sia *ab origine* capiente e tale, quindi, da poter soddisfare integralmente tutte le pretese. Diversamente, qualora sussista una sostanziale insolvenza dell’impresa in liquidazione - di cui i liquidatori devono essere a conoscenza, attraverso il “cruscotto di controllo” - riconducibile al caso di irrimediabile e conclamato squilibrio tra attività e passività aziendali, i creditori hanno diritto a pretendere il rispetto del principio della parità di trattamento - salve le cause legittime di prelazione - di cui all’art. 2741 c.c. Norma, avente portata di principio generale, e come tale estensibile anche all’ambito delle procedure di liquidazione volontaria, sebbene non espressamente richiamata.

Costituisce, pertanto, secondo i giudici genovesi, fonte di responsabilità per il liquidatore - qualora si versi nella suddetta situazione di insolvenza, per cui manchino le risorse finanziarie per tacitare i creditori - procedere a una liquidazione “casuale”, senza tener conto del principio espresso dall’art. 2741 c.c.

Tale principio trova, del resto - in situazioni di incapienza del patrimonio sociale - concreta traduzione nelle fattispecie penali in tema di bancarotta semplice (per ritardata attivazione della procedure concorsuali) e preferenziale. Le disposizioni penali in questione - afferma il Tribunale - costituiscono puntuale specificazione, in negativo, degli obblighi cui il liquidatore diligente deve attenersi nei confronti dei creditori quando la sua gestione debba confrontarsi con una situazione di decozione aziendale.

Se è vero che la punizione in sede penale per i reati di bancarotta semplice e di bancarotta preferenziale discende dalla preventiva dichiarazione di fallimento, è altresì vero - ragionano i giudici genovesi - che la sentenza di fallimento si configura quale mera condizione obiettiva di punibilità di tali reati; i precetti in esame - che reprimono condotte preferenziali o colpose anteriori alla dichiarazione di fallimento - esprimono il chiaro disvalore che il legislatore attribuisce al mancato rispetto della *par condicio creditorum*. Condotte che in tali situazioni si pongano in contrasto con tale principio, pertanto, non potranno essere in alcun modo considerate conformi agli *standard* di diligenza professionale richiamati dall’art. 2489 c.c., con conseguente responsabilità del liquidatore nei confronti dei creditori pretermessi o rimasti parzialmente insoddisfatti, in misura pari alla percentuale di soddisfacimento del credito che essi avrebbero potuto ottenere qualora fosse stata operata una distribuzione rispettosa della *par condicio*.

4. La dottrina.

Anche la recente dottrina si è in maggioranza orientata verso il riconoscimento dell’obbligo del liquidatore di attivare una procedura concorsuale, preso atto dell’incapienza del patrimonio della società.

È stato ad esempio affermato che *“nell’ambito della liquidazione (...) qualora lo stato di liquidazione riguardi una società di capitali e la stessa procedura liquidatoria non possa continuare per mancanza di attivi sociali, si rende necessario che gli stessi liquidatori chiedano il concordato preventivo o il fallimento, al fine di concludere la liquidazione”*. (13)

Nello stesso senso, *“l’inapplicabilità di un concorso formale dei creditori si giustifica in ragione della presunta capienza del patrimonio sociale al fine del soddisfacimento di tutti i debiti (...). Nel momento in cui vi dovesse essere eccedenza del passivo sull’attivo, dovrebbe immediatamente scattare la sanzione del fallimento che instaura la par condicio”*. (14)

Ancora, altra autorevole dottrina ha affermato che *“nella loro azione i liquidatori dovranno tener conto del fatto che, pagando alcuni creditori nella consapevolezza che in seguito non potranno più pagare altri, si integrerà a loro carico, in caso di fallimento della società, il reato*

di bancarotta preferenziale (art. 223, in relazione all'art. 216 LF). Quando poi si avvedessero che l'attivo realizzato e realizzabile non è sufficiente ad un integrale soddisfacimento di tutte le obbligazioni sociali, e dove non fosse possibile concludere con i creditori sociali una specifica convenzione concordata intesa a ridurre l'ammontare del passivo sociale fino a ricondurlo a un ammontare fronteggiabile dall'attivo, i liquidatori dovrebbero interpellare l'assemblea circa la presentazione di una domanda di ammissione a concordato preventivo o, non ricorrendo i presupposti necessari per questa procedura, chiedere senz'altro il fallimento della società". (15)

Sempre nello stesso senso, poi, è stato sostenuto che "nel caso di manifesta insufficienza dell'attivo al ripianamento del passivo i liquidatori dovrebbero invece promuovere la dichiarazione di fallimento in proprio della società". (16)

In senso contrario, invece, sembrerebbe la posizione per cui "per quanto attiene al dovere dei liquidatori di eliminazione del passivo, occorre sottolineare che rientra nel potere discrezionale del liquidatore decidere se adempiere un'obbligazione anziché un'altra: nel nostro ordinamento del resto, l'inizio della liquidazione non determina la scadenza anticipata delle obbligazioni, né fa sorgere l'obbligo dei liquidatori di seguire particolari ordini di priorità o regole di par condicio nei pagamenti". (17)

La stessa autrice prosegue, peraltro, affermando che, ove venga accertata l'impossibilità di ottenere - attraverso l'attivo realizzabile - l'integrale soddisfacimento dei creditori sociali, i liquidatori dovrebbero richiedere il fallimento della società o, ricorrendone, i presupposti, l'ammissione della stessa alla procedura di concordato preventivo.

5. Considerazioni conclusive.

Alla luce di quanto sopra esposto, sembra potersi concludere che il giudice - che sia investito di una domanda risarcitoria promossa nei confronti di un liquidatore ai sensi dell'art. 2495, comma 2, c.c. da un creditore rimasto insoddisfatto all'esito della procedura - debba operare le seguenti valutazioni, al fine di vagliare la fondatezza della pretesa. Verificato il rispetto del termine di prescrizione quinquennale (decorrente dalla data di cancellazione della società dal Registro delle Imprese), il giudice dovrà, innanzitutto, valutare se il mancato pagamento del creditore sia dipeso da dolo o colpa del liquidatore.

In proposito, il parametro in base al quale compiere la valutazione dovrà essere, ai sensi dell'art. 2489, comma 2, c.c. - come detto - quello della cd. diligenza professionale, ossia "la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico", non essendo più possibile, dopo la riforma del 2003, limitarsi a richiedere la mera diligenza del mandatario.

Dovrà, poi, verificare l'effettiva esistenza di un danno in capo al creditore - connessa alla dimostrazione, da parte sua, di esistenza, consistenza ed esigibilità del proprio credito e della conoscenza di tali caratteristiche in capo al liquidatore - ed infine, la sussistenza di un nesso di causalità tra il pregiudizio e la condotta dolosa o colposa del liquidatore. Tale collegamento eziologico dovrà essere escluso qualora il creditore non riesca a dimostrare l'esistenza, nel bilancio finale di liquidazione, di una massa attiva che sarebbe stata sufficiente a soddisfare - anche solo parzialmente - il suo credito pretermesso dal liquidatore o l'imputabilità alla condotta del liquidatore della insufficienza del patrimonio sociale. (18)

La sussistenza del nesso risulterà, allora, esclusa - anche nel caso di omessa considerazione colposa di un credito da parte del liquidatore - in una situazione di totale incapienza del patrimonio sociale (tale da non poter soddisfare, neppure parzialmente, alcun credito) dal momento che, in questo frangente, la condotta del liquidatore non potrà essere considerata la causa del mancato pagamento dei crediti - da imputarsi esclusivamente alla totale in-

sufficienza del patrimonio sociale - ma la mera occasione del mancato soddisfacimento dei creditori sociali.

Il liquidatore, dunque, dal canto suo, dovrà dar prova di aver mantenuto un contegno diligente, nonostante il quale è risultata impossibile la soddisfazione del credito vantato dal creditore insoddisfatto, ad esempio per totale insufficienza del patrimonio sociale o per impossibilità di realizzo di determinati beni appartenenti al patrimonio della società (ad esempio perché sottoposti a sequestro).

Per cautelarsi da possibili azioni di responsabilità esperite nei suoi confronti, quindi, il liquidatore diligente, resosi conto - dopo un'attenta ricostruzione della situazione patrimoniale della società - dell'insufficienza del patrimonio per il soddisfacimento di tutti i creditori, dovrà senz'altro richiedere una procedura concorsuale o, comunque, provvedere al pagamento dei creditori nel rispetto della *par condicio creditorum*, distribuendo proporzionalmente tra loro il patrimonio sociale disponibile, senza effettuare pagamenti preferenziali, in applicazione della regola, avente valore di principio generale, di cui all'art. 2741 c.c..

È infatti proprio l'art. 2741 la norma che può essere impiegata per ricondurre anche alle procedure di liquidazione volontaria di società di capitali l'obbligo del rispetto della *par condicio*, sopperendo in tal modo alla rilevata inesistenza di una norma specifica in tal senso (causa delle perplessità destinate in dottrina dalla soluzione assunta dal Tribunale di Firenze).

L'art. 2741 al primo comma dispone che "i creditori hanno eguale diritto di soddisfarsi sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione".

La norma, inserita all'interno delle disposizioni generali in tema di responsabilità patrimoniale, alla stregua di principio generale, può essere, infatti, come tale, considerata estensibile anche all'ambito delle procedure di liquidazione volontaria, sebbene non espressamente richiamato.

Il riferimento all'art. 2741 c.c. è in effetti presente, ad esempio, nella sentenza n. 14632 del 22.12.2010 del Tribunale di Milano, in cui è stato sostenuto che "la legge stabilisce, da un lato, che il patrimonio del debitore costituisce la garanzia dell'adempimento delle sue obbligazioni (art. 2740 c.c.), dall'altro che su tale patrimonio i singoli creditori hanno il diritto di soddisfarsi in eguale misura (salve cause legittime di prelazione). In vista di tali obiettivi, gli amministratori di una società hanno l'obbligo di conservare l'integrità del patrimonio sociale e dell'inadempimento di tale obbligo che abbia determinato l'insufficienza del patrimonio a soddisfare tutti i debiti sociali rispondono verso i creditori della società. (...) Se il patrimonio è divenuto insufficiente rispetto alla massa dei debiti, gli amministratori devono agire in modo da non ledere la *par condicio creditorum*. Ne consegue che, qualora siano compiuti pagamenti preferenziali, si produce per effetto di questi un danno specifico nel patrimonio dei singoli creditori rimasti insoddisfatti". Analogamente, il Tribunale di Genova, nella citata sentenza, ha affermato, con riferimento all'art. 2741 c.c., che "tale disposizione diventa la chiave di volta del sistema risarcitorio che può delinearci nelle situazioni (...) che si possono ricondurre alla sostanziale insolvenza dell'impresa in liquidazione", e ha individuato nella violazione del principio di concorsualità - nei casi di incapienza considerati - la lesione del diritto di credito tutelata in via aquiliana.

La necessità di rispettare l'eguale diritto dei creditori di soddisfarsi sui beni del debitore finisce, allora, in tal modo, per connotare e riempire di contenuto l'obbligo di rispetto della diligenza professionale nell'adempimento dell'incarico in capo al liquidatore, con la conseguenza che la sua violazione - operata attraverso l'omessa attivazione di procedure concorsuali e l'effettuazione di pagamenti preferenziali di alcuni creditori a scapito di altri - è fonte di responsabilità per il liquidatore nei confronti dei creditori danneggiati (ed il disvalore di tali condotte è, del resto, dimostrato anche

dalla presenza, a presidio della parità di trattamento dei creditori, delle fattispecie penali di bancarotta semplice e preferenziale).

Il danno di cui il liquidatore sarà chiamato a rispondere corrisponderà, in tal caso, alla quota di credito che avrebbe potuto essere soddisfatta qualora fosse stata promossa una distribuzione concorsuale tra tutti i creditori. Tale impostazione - oltre ad apparire maggiormente in linea con i principi informativi della materia e con la *ratio* delle disposizioni in tema di liquidazione volontaria e di responsabilità dei liquidatori - permette di giungere a risultati più equi da un punto di vista sostanziale, garantendo a tutti i creditori uguali possibilità di soddisfarsi sul residuo patrimonio sociale, a prescindere dall'ordine temporale della loro richiesta al liquidatore e ferme restando le necessità di accantonamento per i crediti in maturazione.

È importante sottolineare, tuttavia, come con tale soluzione - limitata, come detto, a situazioni di incapienza del patrimonio sociale e ad un conseguente stato di insolvenza - non si intenda generare alcuna forma di automatismo nel riconoscimento della responsabilità dei liquidatori.

Il semplice disavanzo tra debiti e crediti non può, infatti - di per sé - onerare il liquidatore al ricorso a procedure concorsuali o a forme paraconcorsuali di distribuzione dell'attivo, qualora si abbia fondata ragione di ritenere possibile il pieno soddisfacimento del ceto creditorio attingendo ai proventi della liquidazione - giovandosi, in particolare, del venir meno del divieto totale di nuove operazioni e della possibilità di porre in essere tutti gli atti utili, ai sensi dell'art. 2489 c.c., al fine di rendere più proficua la gestione - o per effetto di sicure fonti di approvvigionamento finanziario esterno. Solo qualora tali previsioni non siano possibili, quando non ricorrano fondate prospettive di realizzo, né plausibili apporti esterni - per cui si versi in una sostanziale situazione di insolvenza nota alla Legge Fallimentare - costituisce fonte di responsabilità

per il liquidatore aver proceduto a una liquidazione non rispettosa del principio della *par condicio*, e di tale condotta sarà, pertanto, chiamato a rispondere nei confronti dei creditori rimasti insoddisfatti.

Note:

(1) F. Moiatta, *Responsabilità del liquidatore e tutela del terzo direttamente danneggiato*, in *Giur. Comm.*, 2008, II, p. 452 e ss.

(2) F. Moiatta, *op. cit.*, p. 451.

(3) Tribunale di Udine, 26.02.2010, in www.unijuris.it, n. 1760/09 R.A.C.C.

(4) Tribunale di Firenze, 7 settembre 1995 (ord.), in *Giur. Comm. - Società e Fallimento* - 1996, II, p. 562.

(5) L. Biagioli, *Le responsabilità dei liquidatori di società di capitali fallite*, in *Giur. Comm. - Società e Fallimento* - 1996, II, p. 565 e ss.

(6) F. Ferrara Jr. - F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1994, p. 337.

(7) M.E. Galesio Piuma, *I poteri dell'assemblea di società per azioni in liquidazione*, Milano, 1986, p. 91.

(8) R. Alessi, *I liquidatori di società per azioni*, Torino, 1994, p. 47.

(9) L. Biagioli, *op. cit.*, p. 567.

(10) L. Biagioli, *op. cit.*, p. 573.

(11) L. Biagioli, *op. cit.*, p. 574.

(12) Tribunale di Milano, sez. VIII, 8 marzo 2011, n. 3142, in *Le Società*, 10/2011, p. 1138.

(13) Roberto e Salvatore Dammarco, *La liquidazione delle società*, 2011, p. 57.

(14) R. Alessi, *op. cit.*, p. 58.

(15) Niccolini, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Torino, 1997, p. 531.

(16) S. Ronco, in *Le Società*, n. 5/2009, p. 635.

(17) M. P. Ferrari, *Responsabilità del liquidatore di una S.r.l. per omessa considerazione di un debito*, in *Le Società*, 8/2009, p. 1045.

(18) V. De Campo, *Estinzione della società: presupposti necessari per la tutela del creditore insoddisfatto*, in *Le Società* n. 10/2011, p. 1142.

Recensioni

Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Services Providers

ROSARIO D'ARRIGO
Giuffrè Editore, Milano, 2012, pp. 100

“La atipicità dell’attività di comunicazione telematica, sebbene non interferisca sulla determinazione degli elementi costitutivi del fatto illecito, si ripercuote, oltretutto sulla identificazione delle norme applicabili alle singole ipotesi di illecito, sull’individuazione dei soggetti responsabili, comprensiva della possibilità di ricomprendere tra questi anche l’Internet Service Provider per il fatto illecito compiuto dall’utente”.

L’evoluzione dell’approccio, tanto dottrinale quanto giurisprudenziale, alla figura dell’Internet Service Provider costituisce dunque la direttrice lungo la quale l’Autore analizza la normativa vigente che regola l’attività di questo soggetto, divenuta il vero punto focale del dibattito relativo all’evoluzione della regolamentazione di Internet.

Attesa la rilevanza della problematica, il testo ha avuto il privilegio di essere inserito nell’importante collana “Diritto dell’Informatica”, diretta dal Prof. Guido Alpa, i cui lettori sono individuabili tanto in coloro che intendono approcciarsi per la prima volta a questa materia, in ragione di una parte introduttiva che permette la comprensione delle linee generali dell’evoluzione della disciplina del fenomeno Internet, tanto in quanti hanno necessità di avere a disposizione un utile strumento per affrontare con completezza di bagaglio cognitivo una controversia concreta, in virtù del costante riferimento ai più recenti arresti giurisprudenziali.

Uno studio concentrato sull’evoluzione tecnologica, politico-economica, dottrinale e giurisprudenziale del ruolo di questo soggetto imprenditoriale, nell’ottica di valutare, *de jure condendo*, le possibilità e le motivazioni di una evoluzione della normativa, quantomeno a livello nazionale ed europeo, dall’attuale posizione di irresponsabilità dell’ISP per i fatti illeciti compiuti da coloro che utilizzano la piattaforma tecnologica dello stesso.

Le sentenze richiamate, complessivamente considerate, intendono dare un quadro esaustivo e critico dell’evoluzione giurisprudenziale anteriore e successiva al recepimento della direttiva comunitaria in *subiecta materia*, venendo le stesse analizzate approfonditamente, in particolare per quelli che, allo stato, risultano essere gli ultimi arresti giurisprudenziali, particolarmente rinomati, in quanto hanno coinvolto noti operatori del settore telematico. Sotto questo profilo, peraltro, l’Autore dà conto dell’approccio piuttosto limitato con cui viene in realtà tentato un superamento dell’attuale stato della legislazione, poiché le decisioni da ultimo analizzate risultano essersi occupate in via pressoché esclusiva della tutela afferente al diritto d’autore, pretermettendo altri aspetti di pari, se non di superiore, rilevanza. Da ultimo, l’Autore formula delle riflessioni in merito al futuro della disciplina di settore, al di là di un utilizzo pratico non particolarmente diffuso, nonostante gli interessi in gioco, tali invece da dovere fare percepire la reale “trasversalità” della disciplina stessa, nonostante il suo francamente improvido inserimento nel più ampio alveo della disciplina relativa agli aspetti contrattuali e precontrattuali del commercio elettronico.

Famiglia e responsabilità: i nuovi danni.

FRANCO LONGO
Giuffrè Editore, Milano, 2012, pp. 208

Il volume in questione offre l’opportunità di un ampio approfondimento della materia degli illeciti endofamiliari. Si tratta degli illeciti commessi dai componenti delle compagne familiari gli uni nei confronti degli altri e della conseguente applicazione della misura privatistica del risarcimento del danno, in particolare non patrimoniale. Fino a una quindicina di anni fa l’accostamento in parola, doveri familiari - responsabilità civile, sarebbe sembrato improponibile, anche se, come l’Autore ha ampiamente evidenziato, non sono mancate negli anni settanta e ottanta alcune pronunce isolate caratterizzate da una apertura verso tale binomio e non è mancata, soprattutto, l’opera di una certa dottrina volta a affermare la non incompatibilità e, anzi, l’opportunità, di una estensione del sistema della responsabilità civile all’area dei rapporti familiari (ci si riferisce alla monografia di Salvatore Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984). In particolare, in passato si è sempre pensato al diritto di famiglia come a un settore a sé stante, specifico, contenente al suo interno norme e sanzioni tipiche. Poi, le prime sentenze da parte del Tribunale di Milano a partire dalla fine degli anni novanta e, quindi, successivamente, il consolidamento dell’orientamento e dei principi in oggetto anche da parte della Corte di Cassazione. Il principio dell’autonomia del diritto di famiglia è stato, quindi, scardinato, anche in quanto le misure stesse previste al suo interno, quale quella dell’addebito, nel corso del tempo, sono apparse sempre più blande, inefficaci e anche in concreto inattuabili. Come emerge anche da quanto appena evidenziato, un’analisi compiuta di questa materia non poteva prescindere dallo studio - che l’Autore effettua - come dire, storico, della evoluzione dei diritti della persona e della rivisitazione dell’impianto del codice civile in una logica personale piuttosto che tout court patrimoniale e anche dall’avvenuto ripensamento concettuale e sistematico della categoria del danno non patrimoniale. Fatte queste premesse, il volume in oggetto tratta preliminarmente questi fondamentali aspetti, per poi soffermarsi sul contenuto e sulla natura dei singoli doveri previsti in capo ai coniugi, ai genitori e anche ai figli. Una parte particolarmente curata risulta anche quella relativa all’istituto dell’addebito che l’Autore ripercorre, con analisi della ricca giurisprudenza, e poi mette a confronto con il rimedio del risarcimento danni; tali due istituti poggiano ambedue sul presupposto della violazione di tali doveri, ma hanno struttura, caratteri e finalità molto differenti. Un’ampia parte del volume è dedicata all’analisi completa della giurisprudenza, molto ricca negli ultimi dieci anni, che si è occupata delle richieste di risarcimento del danno proposte da un coniuge nei confronti dell’altro fondate sulla ritenuta violazione dei doveri coniugali. Ma il volume si occupa della tematica anche dal punto di vista della prole e, in questo senso, si può affermare che esso tratti in buona parte anche il diritto minorile. L’interesse del minore, la sua tutela, i doveri genitoriali, gli abusi, lo stato di abbandono, i danni allo sviluppo psichico dei fanciulli, la disciplina prevista dall’art. 709 *ter* cpc e le ipotesi risarcitorie, sono argomenti molto attuali e delicati affrontati nel volume.

r e s t a u r a n t
YUAN

Via Ettore Vernazza, 8
16100 Genova
tel. 010 5702327
www.ristoranteyuan.com



Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze e Ordinanze

I

T.A.R. Liguria, sez. II, 26 luglio 2012, n. 1122 - Pres. Di Sciascio - I. (Avv. De Marco) c. Comune di La Spezia (Avv. Carabba) e nei cfr. del Movimento Cinque Stelle (Avv. Tortorelli).

ELEZIONI comunali - elezione del consiglio comunale nei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti - lista di candidati - soglia di sbarramento al 3 per cento dei voti validi - modalità di calcolo dei "voti validi" - computo dei soli voti ottenuti dai candidati sindaci - irrilevanza dei "voti di lista".

(Art. 73, comma 7, d. lgs. n. 267 del 2000; art. 60 cod. proc. amm.).

ELEZIONI comunali - elezione del consiglio comunale nei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti - lista di candidati - soglia di sbarramento al 3 per cento dei voti validi - modalità di calcolo dei "voti validi" - omessa attribuzione di voti di lista - irrilevanza - inammissibilità del ricorso per difetto di interesse.

(Art. 73, comma 7, d. lgs. n. 267 del 2000; art. 60 cod. proc. amm.).

Per individuare la soglia del 3% dei voti validi ai fini dell'ammissione delle liste di candidati all'assegnazione dei seggi si deve avere riguardo ai voti ottenuti dal candidato sindaco vincente e non a quelli di lista. (1)

L'omessa (ancorché ipotetica) attribuzione dei voti contestati con il ricorso non avrebbe alcuna conseguenza pratica sull'esito della competizione elettorale; conseguentemente il ricorso è inammissibile. (2)

II

Consiglio di Stato, sez. V, 6 marzo 2013, n. 1360 - Pres. Branca - Est. Saltelli - I. (Avv. De Marco) c. Comune di La Spezia (Avv. Carabba).

ELEZIONI comunali - elezione del consiglio comunale nei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti - lista di candidati - soglia di sbarramento al 3 per cento dei voti validi - modalità di calcolo dei "voti validi" - computo di tutti i voti di lista e di quelli espressi per i candidati sindaci - infondatezza del ricorso in appello.

(Art. 73, comma 7, d. lgs. n. 267 del 2000).

Ai sensi dell'art. 73, comma 7 del d. lgs. n. 267 del 2000, per "voti validi", ai fini del calcolo della soglia di sbarramento del 3 per cento ai fini dell'ammissione delle liste di candidati all'assegnazione dei seggi, s'intende la totalità dei voti espressi, per le liste dei candidati e per le candidature alla carica di sindaco. (3)

I

La ricorrente, candidato sindaco del raggruppamento di liste che ha partecipato alle elezioni del Consiglio comunale e del sindaco del comune di La Spezia tenutesi il 6 e 7 maggio 2012 ha impugnato il verbale delle operazioni elettorali

e di proclamazione degli eletti.

Il ricorso è stato notificato al quarto ed ultimo candidato eletto per la lista Movimento Cinque Stelle.

Il gravame elettorale muove dalla denuncia di asserite irregolarità delle operazioni elettorali come attestate dall'Ufficio Elettorale Centrale nel verbale impugnato.

In particolare lamenta la ricorrente che diciassette voti non le sarebbero stati attribuiti e che, qualora fossero stati conteggiati, avrebbero sovvertito in suo favore l'esito delle elezioni nei confronti dell'ultimo candidato eletto.

Il comune di La Spezia ed il controinteressato si sono costituiti in giudizio eccependo l'inammissibilità del ricorso.

Il ricorso discusso in pubblica udienza il 26.07.2012 è inammissibile per difetto d'interesse.

Con riguardo alle elezioni del Consiglio comunale e del sindaco s'è affermato un indirizzo giurisprudenziale (cfr. Cons. St., sez. V, n. 802 del 2012; ID. sez. V, n.3022/2010) a cui, in difetto di sopravvenute ragioni contrarie, va ai sensi dell'art.74 c.p.a. data continuità.

Per individuare la soglia del 3% dei voti validi si deve avere riguardo ai voti ottenuti dal candidato sindaco vincente e non a quelli di lista.

In forza del concorso di criteri d'ermeneutica logico-letterali e sistematici l'espressione voti validi, secondo l'indirizzo richiamato, deve essere riferita a quelli ottenuti nei suffragi ai candidati alla carica di sindaco.

Conseguentemente rilevato che la soglia del 3% dei voti validi nel caso in esame è pari a 1225 voti (cfr. verbale dello U.E.C.) l'omessa (ancorché ipotetica) attribuzione dei 17 voti contestati con il ricorso non avrebbe alcuna conseguenza pratica sull'esito della competizione elettorale atteso che la ricorrente ha conseguito 1103 voti validi e per il superamento del quorum avrebbe dovuto ottenere altri 123 voti.

Conseguentemente il ricorso è inammissibile.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

(... Omissis...)

II

Fatto

1. Il sig. Loriani I., che aveva partecipato alle elezioni svoltesi il 6 e 7 maggio 2012 per l'elezione del sindaco e del consiglio comunale della Spezia quale candidato sindaco del raggruppamento di liste Speziattiva - lista civica, Democrazia Cristiana-M-P-A., lista Donne e Lega Cittadina dei Pensionati, liste che, singolarmente e come raggruppamento, non avevano raggiunto la soglia del 3% per l'ammissione all'assegnazione dei seggi, ha chiesto al Tribunale amministrativo regionale per la Liguria l'annullamento del verbale delle operazioni elettorali e di proclamazione degli eletti, nella parte in cui è stato proclamato eletto come consigliere comunale, al suo posto, il sig. Carlo Colombini, quarto ed ultimo eletto per la lista numero uno con contrassegno Movimento a cinque stelle, deducendo "Difetto di istruttoria.

Travisamento dei fatti. Violazione e falsa applicazione dell'art. 73, commi 5 e 7 del D. Lgs. n. 267 del 2000".

A suo avviso, infatti, ai fini della individuazione della soglia di sbarramento (3%), l'ufficio elettorale aveva erroneamente tenuto conto, quali voti validi, non già di quelli effettivamente conseguiti dalle singole liste, ma inopinatamente anche di quelli espressi per i candidati sindaci, così stravolgendo la ratio e la stessa finalità della soglia di sbarramento, con risultati sicuramente illegittimi e macroscopicamente aberranti; correttamente interpretando la normativa rubricata, invece, sempre secondo il ricorrente, non poteva dubitarsi della spettanza in suo favore dell'assegnazione di un seggio nel consiglio comunale della Spezia, ciò in quanto il raggruppamento delle liste, che aveva appoggiato la sua candidatura a sindaco, aveva ottenuto un totale di 1103 voti, pari al 2,96%, non raggiungendo la soglia del 3%, per soli 14 voti, ma dall'esame dei verbali delle operazioni elettorali di alcune sezioni (19, 29, 33, 39, 44, 83, 93) risultavano macroscopici errori materiali nell'attribuzione dei voti, errori per effetto dei quali non erano stati attribuiti al suo gruppo di liste ben 17 voti ed ulteriori macroscopiche anomalie, pure esse incidenti sul numero dei voti da attribuire alle liste in competizione, emergevano nelle sezioni 37 e 47; ciò senza contare che trentotto elettori, riscontrando i risultati definitivi delle votazioni, avevano sorprendentemente rilevato che delle loro preferenze non vi era traccia nei seggi in cui avevano esercitato il diritto di voto.

2. L'adito tribunale, sez. II, con la sentenza n. 1122 del 26 luglio 2012, ha dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di interesse, rilevando che, ai fini della individuazione della soglia del 3% dei voti validi, deve aversi riguardo ai voti ottenuti dai candidati alla carica di sindaco e non a quelli di lista, così che, corrispondendo nel caso di specie il 3% dei voti validi a 1225 voti, nessun effetto concreto sull'esito della competizione sarebbe derivato dall'eventuale attribuzione dei 17 voti contestati e asseritamente spettanti alle liste che avevano appoggiato il ricorrente (in quanto le stesse avevano conseguito 1103 voti validi e ne sarebbero occorsi 123 per il raggiungimento della soglia di sbarramento, pari a 1225 voti).

3. Con rituale atto di appello, spedito per la notifica il 4 settembre 2012, l'interessato ha chiesto la riforma della predetta sentenza, essendo a suo avviso fondata su di una macroscopica violazione e falsa interpretazione ed applicazione dell'articolo 73, comma 7, del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, non pertinenti essendo i precedenti giurisdizionali cui avevano fatto riferimento i primi giudici.

Ha resistito al gravame il Comune della Spezia, deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza e chiedendone il rigetto.

4. Nell'imminenza dell'udienza di trattazione dell'appello l'appellante ha illustrato le proprie tesi difensive con apposita memoria, insistendo nelle conclusioni già rese.

All'udienza pubblica del 22 gennaio 2013, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

Diritto

5. L'appello è infondato.

5.1. La questione sottoposta all'esame della Sezione concerne la esatta interpretazione ed applicazione del comma 7 dell'art. 73 del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che, disciplinando l'elezione del consiglio comunale nei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti stabilisce testualmente "Non sono ammesse all'assegnazione dei seggi quelle liste che abbiano ottenute al primo turno meno del 3% dei

voti validi e che non appartengano a nessun gruppo di liste che abbia superato tale soglia".

In particolare, secondo la tesi dell'appellante, i "voti validi", in relazione ai quali deve calcolarsi la soglia del 3%, ai fini dell'ammissione delle liste all'assegnazione dei seggi, sarebbero soltanto quelli ottenuti dalle liste in competizione (voti validi di lista) e non già tutti quelli espressi per l'elezione del sindaco, come erroneamente ritenuto dall'ufficio elettorale, risultando altrimenti stravolta la logica stessa del voto disgiunto, che caratterizza in modo peculiare il sistema di elezione del consiglio comunale nei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti, ammettendo l'espressione da parte dell'elettore, su di un'unica scheda, di due voti, non necessariamente coerenti (per il candidato sindaco e per una lista ad esso collegata); sempre secondo l'appellante, infatti, dovrebbe distinguersi tra scheda valida (quella che contiene almeno un voto valido) e voti validi di lista, solo questi ultimi utilizzabili per l'assegnazione dei seggi, tanto più che, diversamente opinando (cioè aderendo alle conclusioni cui sono pervenuti i primi giudici), nel caso di voto espresso solo per un candidato sindaco, ma per una lista ad esso non collegata, la volontà dell'elettore sarebbe macroscopicamente disattesa, perché il suo voto sarebbe comunque conteggiato tra i voti di lista e sarebbe considerato ai fini della distribuzione dei seggi.

5.2. La Sezione osserva che tale tesi non trova alcun fondamento normativo ed anzi è smentita dal tenore letterale e dalla ratio delle disposizioni che regolano la fattispecie in esame.

5.2.1. Al riguardo occorre evidenziare che, sebbene effettivamente, quanto ai comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti, il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267) disciplini separatamente l'elezione del sindaco (art. 72) da quella del consiglio comunale (art. 73), è anche vero che il terzo comma dell'art. 72 dispone testualmente che "ciascun elettore può, con un unico voto, votare per un candidato alla carica di sindaco e per una delle liste ad esso collegate, tracciando un segno sul contrassegno di una di tali liste", aggiungendo immediatamente dopo che "ciascun elettore può altresì votare per un candidato alla carica di sindaco, anche non collegato alla lista prescelta, tracciando un segno sul relativo rettangolo" e che il terzo comma dell'art. 73 altrettanto puntualmente stabilisce che "il voto alla lista viene espresso, ai sensi del comma 3, dell'art. 72, tracciando un segno sul contrassegno della lista prescelta".

In effetti la necessità di disciplinare separatamente l'elezione del sindaco da quella del consiglio comunale nei comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti risiede nelle evidenti peculiarità dei relativi procedimenti, ma a ciò non consegue che l'elezione del sindaco e quella del consiglio comunale diano luogo a due diversi e separati "momenti elettorali": esse, al contrario, traggono origine da un "unico fatto", cioè dall'esercizio del diritto di voto da parte dell'elettore, che avviene nella stessa unità di tempo e di luogo e che è "unico" (art. 72, comma 3; art. 73, comma 3), ancorché possa concretamente esplicitarsi in due particolari manifestazioni di "voto congiunto" e di "voto disgiunto".

Dal tenore letterale delle ricordate disposizioni e dalla unicità del voto, pur essa normativamente sottolineata, emerge, al di là di ogni ragionevole dubbio, che è stato lo stesso legislatore che, nel prevedere la possibilità del voto disgiunto (art. 72, comma 3) e nel precisare (art. 73, comma 3) le modalità di espressione del "voto di lista", ai sensi dell'art. 72, a far coincidere i "voti validi", tutti quelli espressi per l'ele-

zione del sindaco, con quelli cui fa riferimento il settimo comma dell'articolo 73 per la determinazione della soglia del 3% per l'ammissione delle liste all'assegnazione dei seggi: ciò in definitiva è la logica e necessaria conseguenza dell'unicità del voto e dell'unicità della modalità di esercizio del diritto di voto da parte dell'elettore.

5.2.2. Del resto non può sottacersi che questa stessa Sezione con la sentenza n. 822 del 14 maggio 2010 ha già avuto modo di sottolineare, con riferimento allo stesso substrato normativo, che laddove il legislatore ha inteso riferirsi ai soli voti di lista ha usato l'espressione "cifra elettorale" (art. 73, comma 5) e che quando ha inteso riferirsi, quale base di calcolo di una percentuale, alla totalità dei voti espressi, compresi quelli per l'elezione alla carica di sindaco, ha usato l'espressione "voti validi" (in tal senso anche C.d.S., sez. V, 16 febbraio 2012, n. 802).

Tali conclusioni, pur non riguardando la stessa fattispecie oggetto della presente controversia, hanno carattere di generalità e risultano ragionevoli e convincenti, essendo basate sulla corretta applicazione del criterio ermeneutico della presuntiva costanza terminologica del legislatore nell'ambito di uno stesso testo normativo, così che da esse la Sezione non ritiene di doversi discostare, tanto più che anche nella controversia in esame il comma 7 dell'art. 73, che presuppone il calcolo della percentuale del 3%, quale soglia di ammissione delle liste all'assegnazione dei seggi, fa riferimento ai voti validi, ed il successivo comma 8, determinando le concrete modalità di assegnazione del numero dei consiglieri a ciascuna lista o a ciascun gruppo di liste, richiama esclusivamente la "cifra elettorale" di ciascuna lista.

5.2.3. Sotto altro concorrente profilo non può sottacersi che, anche a voler prescindere dalla considerazioni svolte in ordine alla rilevanza del tenore letterale delle disposizioni normative in questione, la necessità di intendere per "voti validi", in relazione ai quali individuare la soglia di sbarramento del 3% di cui al comma 7 dell'art. 73, tutti i voti validi espressi per l'elezione a sindaco (e non solo quelli ottenuti dalle liste) è del tutto coerente con l'esigenza di evitare la frammentazione della rappresentanza politica all'interno dei singoli consigli comunali, favorendo la governabilità degli enti stessi, atteggiandosi pertanto come strumento di concreta attuazione del principio maggioritario cui è ispirato il sistema elettorale delineato nel testo unico degli enti locali.

Considerare infatti rilevanti ai fini dell'individuazione della soglia di sbarramento in questione i soli voti riportati dalle singole liste (indipendentemente dall'obiettiva problematicità della sua corretta determinazione e dalla macroscopica contraddittorietà che gli effetti di una simile operazione sul relativo tessuto normativo, in cui, come si è avuto modo di accennare, per le liste si fa riferimento, ex art. 73, comma 5, alla cifra elettorale), abbassando evidentemente l'entità dei voti di cui tener conto, favorirebbe proprio la frammentazione della rappresentanza politica fra le singole liste in competizione, incidenza sulla forza e sul valore dell'elezione (diretta) del sindaco e menomando la stessa governabilità dell'ente, valori invece prevalenti secondo il legislatore.

Ciò senza contare che la ricostruzione fornita dall'appellante dimentica, come opportunamente sottolineato dalla difesa dell'amministrazione comunale, che a ciascun candidato sindaco non eletto spetta un seggio di consigliere comunale (a condizione che la lista o il gruppo di liste a lui collegate abbiano ottenuto almeno un seggio, C.d.S., 17 aprile 2002, n. 2009; 4 maggio 2001, n. 2519), il che conferma ulteriormente l'intimo collegamento che sussiste tra l'elezione del

sindaco e quella del consiglio comunale, fondato proprio sull'unicità del voto.

6. In conclusione l'appello deve essere respinto.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dal sig. Lorianio I. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, sez. II, n. 1122 del 26 luglio 2012, lo respinge. (...*Omissis*...)

(1-3) Questioni controverse concernenti il computo della soglia di sbarramento (al 3% dei voti validi) nelle elezioni comunali.

1. Tra i problemi interpretativi di maggior rilievo posti dalle norme concernenti il sistema di elezione dei sindaci e dei consigli comunali nei comuni con popolazione superiore a quindicimila abitanti introdotte, ormai, da ben quattro lustri (e contenute, attualmente, agli artt. 72 e 73 del TUEL), e di cui s'è fatta carico, per quanto di ragione, la giurisprudenza (specie) amministrativa, vi è quello, che rileva nel caso di specie, concernente il calcolo della soglia di sbarramento (al 3% dei voti validi).

Una tale previsione normativa, val la pena di sottolineare, non era contenuta nel testo originario della legge ma è stata introdotta (nell'allora legge n. 81 del 1993), da parte dell'art. 5 della legge n. 120 del 1999, stabilendosi, per l'appunto, che non siano "ammesse all'assegnazione dei seggi quelle liste che abbiano ottenuto al primo turno meno del 3 per cento dei voti validi e che non appartengano a nessun gruppo di liste che abbia superato tale soglia" (all'epoca, art. 7-bis, oggi, comma 7 dell'art. 73 del TUEL). Ed interessante è notare come su di un tale disposto abbiano avuto modo, da subito, di confrontarsi due tipi di approcci, che muovono da una diversa lettura finalistica e teleologica della normativa, e che ritengono, ciascuno per parte propria, di potervi scorgere, sin già da un punto di vista letterale, una conferma delle tesi sostenute. Ci si riferisce:

- da un lato, all'approccio, denominabile, "distintivista", che ritiene che la normativa in esame presupponga, appunto, la netta distinzione e la valorizzazione delle "ragioni" e delle "funzioni", rispettivamente, del primo turno, e del secondo turno di votazione, e che punta a garantire la salvaguardia del «principio del rispetto della volontà espressa dal corpo elettorale (1)» e, più in generale ancora, la "rappresentatività del voto" individuale, «nel senso di attribuire alla volontà del cittadino elettore il massimo della sua potenzialità (2)»; e

- dall'altro lato, all'approccio "estensivista", che ritiene, invece, che una tale normativa conferisca esclusivo rilievo agli "accorpamenti" tra le liste emersi in occasione degli eventuali turni di ballottaggio, e che riconosce un «ruolo di principio ermeneutico chiave (3)» alla «primarietà» dell'obiettivo di «garantire un ampio margine di governabilità negli enti locali (4)», di cui darebbe prova, in particolare, il fatto che la normativa consenta «una composizione del consiglio comunale difforme da quella risultante dall'applicazione del criterio di mera proporzionalità (5)», pur di favorire un «"governo" pieno e stabile dell'amministrazione comunale».

Così, con riguardo al comma 7 dell'art. 73 del TUEL, l'approccio "distintivista" ha incentrato la propria attenzione sulla prima parte dell'articolo, intravedendovi la riprova di come il primo turno sia «l'unico nel quale esiste e rileva una soglia di sbarramento (6)», ed in cui si determinano i risul-

tati per l'assegnazione dei seggi consiliari. In quest'ottica, sarebbe, pertanto, in un tale momento, che dovrebbe determinarsi l'*esclusione definitiva*, dalla procedura elettorale, di tutte quelle liste - singole o collegate - che non soddisfino le suddette condizioni stabilite dalla normativa. Per cui le liste elettorali che non superino la soglia del tre per cento e non appartengono ad un gruppo di liste che l'abbia superato (s'intende, al primo turno), oltre ad essere escluse dall'assegnazione di seggi, non dovrebbero poter integrare con i voti ottenuti la cifra elettorale del raggruppamento sostenuto al ballottaggio (7). Che tale sia stata «l'intenzione del legislatore all'atto dell'introduzione di tale norma (8)» sarebbe testimoniato, secondo gli stessi fautori dell'approccio distintivista, dai lavori preparatori al testo di legge, durante i quali sarebbe stato proprio «per dissipare ogni incertezza» sul punto, che si sarebbe deciso di introdurre l'inciso «al primo turno» (non presente nella versione originaria del testo) (9), rendendosi con ciò esplicito «che le liste che si presentano da sole e non raggiungono il 3 per cento e si coalizzano al secondo turno non hanno diritto all'assegnazione dei seggi (10)».

Dal canto loro, i fautori dell'approccio «estensivista» si sono invece concentrati sul tenore letterale della seconda parte della disposizione, trovandovi conferma della rilevanza «per l'attribuzione dei seggi nel consiglio», non della «presenza delle coalizioni in sé e per sé», ma della presenza di «liste nel momento effettivo in cui l'attribuzione è effettuata»: dunque, se del caso, nel secondo turno di votazione (11). Su questa base, è stato, dunque, giocoforza acconsentire al possibile «ripescaggio» di - ed all'assegnazione di seggi a - liste, che, pur non essendo riuscite ad attingere alla ridetta soglia di sbaramento nel primo turno di votazione, si siano, però, collegate, in sede di ballottaggio, con liste o coalizioni di liste adempienti, ritenendosi, in questi casi, di non essere in presenza di «entrambe le condizioni sopraindicate ai fini dell'esclusione dall'ammissione all'assegnazione dei seggi, così come prescritto dal citato art. 73, comma 7 (12)».

Va, peraltro, ancora rilevato come il controverso disposto sia stato portato all'attenzione della Corte costituzionale proprio nella parte in cui reca i «criteri di calcolo della cifra elettorale dei raggruppamenti di liste», col lamentare, si noti, seguendo l'approccio estensivista, l'incostituzionalità dell'esclusione, dall'assegnazione dei seggi, «delle liste che al primo turno non abbiano superato il 3% dei voti validi e non appartengano a nessun gruppo di liste che lo abbia superato», nel caso in cui il sindaco sia eletto al turno di ballottaggio (13). La Corte, nel dichiarare la manifesta inammissibilità della questione (14), non si è però astenuta dal rilevare l'esistenza di un «contrasto» nella giurisprudenza amministrativa, «la quale a volte ha affermato e altre volte ha negato la rilevanza (per la determinazione della cifra elettorale complessiva dei raggruppamenti di liste e la conseguente assegnazione dei seggi consiliari) dei collegamenti con candidati alla carica di sindaco dichiarati da liste siffatte, in occasione del ballottaggio» (v. la ord. n. 305 del 2004). Che, poi, il suddetto contrasto sia ancora in atto, è dato di vedere nell'esigenza, emersa in tempi recenti, di porre delle norme di «interpretazione autentica» (15) dell'equivalente normativa (a quella statale sin qui esaminata) contenuta nella legge «per la elezione diretta del sindaco» della Regione Sicilia (16). Tuttavia, se una tale occasione ha rivelato nel legislatore siciliano una propensione «distintivista», col precisare che le disposizioni in questione «si interpretano nel senso che ai fini dell'attribuzione del premio di maggioranza non sono computabili i voti espressi per le liste che [...] non sono ammesse

all'assegnazione di seggi [...] (17)»; non ha chiarito - come pure si sarebbe potuto utilmente fare -, quale sia, più in generale, il turno elettorale da tenere in considerazione ai fini della contabilizzazione dei voti per l'elezione consiliare.

2. Ci sono alcuni filoni della giurisprudenza amministrativa in materia di elezioni comunali che dimostrano, ci pare, in maniera inequivocabile, che agli obiettivi di «governabilità» è stata data, almeno finora, la precedenza rispetto a quelli di «rappresentatività». Tra questi, rileva qui in particolare l'interpretazione, ai fini del conteggio, dell'espressione «voti validi» (ai sensi del comma 10, dell'art. 73, del TUEL).

Per vero, la maggior parte della giurisprudenza che si è occupata della questione ha focalizzato l'attenzione sull'«ipotesi impeditiva» all'attribuzione del premio di maggioranza, consistente nel superamento, da parte di «altra lista o altro gruppo di liste collegate» del «50 per cento dei voti validi» (ai sensi dell'art. 73, comma 10). In altri casi, invece, è stato affrontato il diverso profilo delle modalità di calcolo «del 3 per cento dei voti validi» (di cui all'art. 73, comma 7, del TUEL). Tuttavia, in entrambe le ipotesi il problema è identico, trattandosi comunque di stabilire se tra i «voti validi» debbano essere inclusi soltanto i voti attribuiti a favore delle liste e dei candidati alla carica di consigliere, o, invece, oltre (in aggiunta) a questi, anche le preferenze assegnate (foss'anche esclusivamente) a favore dei candidati alla carica di sindaco.

Con riguardo all'«ipotesi impeditiva» all'attribuzione del premio di maggioranza la giurisprudenza maggioritaria (a partire da quella siciliana (18)) ha riconosciuto l'importanza dell'«esigenza di garantire quanto più possibile la stabilità del governo locale», e, su questa base, ha avvalorato l'idea della necessità di contabilizzare *tutti i voti*, non esclusi «quelli resi soltanto a favore di un candidato sindaco, e non anche di una lista partecipante alla competizione per l'elezione dei consiglieri (19)». Un tale riconoscimento della centralità, «per regola generale», della garanzia dell'«ampio margine di governabilità degli enti locali», in quanto «desumibile dalla regola generale del maggioritario individuata dal legislatore quale criterio ispiratore della disciplina delle elezioni comunali», ha trovato poi ulteriori occasioni di consolidamento, anche al di fuori del territorio siciliano, da parte della giurisprudenza dei TAR (20), e, soprattutto, dei giudici del Consiglio di Stato (21). In particolare questi ultimi hanno ritenuto - si noti, riconoscendo la rilevanza dei risultati di voto del primo turno - che «una serie di argomenti interpretativi di natura letterale, logico-sistematica e teleologica» militerebbe a favore dell'idea per cui «il 50 per cento dei voti validi», di cui al comma 10 dell'art. 73 TUEL, andrebbe rapportato al *numero complessivo dei voti espressi nel primo turno*, compresi quelli per la sola elezione del sindaco, sia nelle ipotesi di ballottaggio (22), sia in quelle in cui l'elezione si concluda al primo turno di voto (23).

Ebbene, a conclusioni analoghe si è giunti anche nel caso in esame con riguardo alle modalità di calcolo «del 3 per cento dei voti validi». Non del tutto, per vero, da parte del TAR Liguria, dato che tale giudice è arrivato addirittura a contraddire la lettera della norma e la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato (richiamata sul punto), col sostenere (senza, peraltro, ulteriormente soffermarsi sul punto) che «Per individuare la soglia del 3% dei voti validi si deve avere riguardo ai voti ottenuti dal candidato sindaco vincente e non a quelli di lista (24)» (§8). Quanto, piuttosto, da parte del Consiglio di Stato, che ha tenuto a rilevare come la tesi «di-

stintivista” (sostenuta dalla parte ricorrente ed appellante) secondo cui i “voti validi”, in relazione ai quali dovrebbe calcolarsi la soglia del 3%, ai fini dell’ammissione delle liste all’assegnazione dei seggi, dovrebbero essere soltanto quelli ottenuti dalle liste in competizione (voti validi di lista) e non già tutti quelli espressi per l’elezione del sindaco; dato che quest’ultima tesi non solo non troverebbe «alcun fondamento normativo», ma, anzi, sarebbe «smentita dal tenore letterale e dalla *ratio* delle disposizioni che regolano la fattispecie in esame» (§5.2.).

Ed infatti, secondo i giudici di Palazzo Spada, dal «tenore letterale delle ricordate disposizioni e dalla unicità del voto, pur essa normativamente sottolineata», emergerebbe, «al di là di ogni ragionevole dubbio», essendo, in definitiva «la logica e necessaria conseguenza dell’unicità del voto e dell’unicità della modalità di esercizio del diritto di voto da parte dell’elettore» che i “voti validi” a cui fa riferimento il settimo comma dell’articolo 73 per la determinazione della soglia del 3% per l’ammissione delle liste all’assegnazione dei seggi coinciderebbero con i voti espressi non solo per le liste dei candidati, ma anche per le candidature alla carica di sindaco (25).

La situazione, con riguardo a questo specifico profilo, potrebbe dunque dirsi assestata se, altra parte della giurisprudenza amministrativa (per una sorta di eterogeneità dei fini, gli stessi giudici siciliani) (26), di recente, non avessero riaperto i giochi, rilevando la necessità di dare il dovuto rilievo, anche ai fini del conteggio dei “voti validi”, sia alla possibilità, riconosciuta agli elettori, di «votare il solo nominativo del sindaco, tracciando il segno sul relativo rettangolo, con ciò escludendo che il voto vada attribuito alla lista con la quale il sindaco è collegato»; sia al fatto che, mentre il segno tracciato sul riquadro contenente la lista (o il gruppo di liste) cui il sindaco è collegato vale ad attribuire il voto automaticamente al candidato sindaco, «non è vero, l’inverso», e, cioè, che il segno tracciato sul nominativo del candidato sindaco vada attribuito anche alla lista o al gruppo di liste cui il candidato sindaco è collegato (27). Si è così ritenuto che «la “contaminazione”» tra voti per i candidati sindaci e voti per le liste concorrenti per il rinnovo del consiglio comunale non troverebbe alcuna giustificazione, ed anzi risulterebbe «fuorviante del risultato elettorale», dato che si baserebbe sul presupposto “non veritiero” secondo cui «l’elettore vota congiuntamente sia il candidato sindaco che la lista, una o più, presentate per l’elezione del consiglio comunale con la quale ciascun candidato alla carica di sindaco è tenuto a dichiarare di volersi collegare al momento della presentazione della candidatura (28)». Concludendosi, del tutto in linea con la prospettiva distintivista, che l’espressione legislativa “voti validi” debba essere «riferita e circoscritta alle schede contenenti voti validi di lista per l’elezione del consiglio comunale, escludendo invece i voti validamente espressi in favore dei soli candidati sindaci (29)».

3. La constatazione del ruolo svolto dall’obbiettivo della “governabilità” sull’interpretazione e l’applicazione della normativa per l’elezione dei sindaci e dei consiglieri nei comuni più popolosi induce ad alcune considerazioni di “merito”, e di “metodo”.

Quanto al “merito”, pare infatti evidente che si sia presentata qui una delle sfide più intriganti e difficili degli ordinamenti democratici: la ricerca, cioè, di forme di equilibrio accettabili e, possibilmente, efficaci, tra le esigenze di governabilità delle assemblee (e, più in generale, dell’“ente”) e quelle, non meno stringenti, di rappresentatività del voto

(e del sistema di elezione). La scelta di sovraccaricare il sistema elettorale di aspettative di governabilità, anche se, specie nel breve periodo, può apparire la più agevole da percorrere, non è priva di criticità. Ciò che è tanto più vero, specie se si condivide l’idea che competa primariamente ed “istituzionalmente” alle regole sulla forma di governo intervenire sulla “governabilità”; mentre ai sistemi di elezione spetta, prima di tutto e fondamentalmente, di salvaguardare (si precisa, al di là della loro natura selettiva o proiettiva) il carattere “rappresentativo” del sistema, assicurando, in particolare, una certa capacità di incidenza del voto individuale sulla scelta finale degli “eletti”.

Per diverso profilo, è possibile ritenere che (specie là dove sia predisposto un robusto sistema di razionalizzazione della forma di governo) nel lungo periodo possa risultare premiale la scelta di valorizzare sistemi di elezione che favoriscano il compimento di scelte “sincere” (anche) da parte delle parti politiche in lizza. Mentre può rivelarsi persino imprudente la previsione di meccanismi che inducano ad alleanze elettorali “forzate”, create pour l’*espace d’un matin*, con lo specifico intento delle parti in lizza di ottenere nell’immediato un qualche *benefit* elettorale, già mettendo in conto però il “ritorno” alla propria identità politica originaria. Per quanto più direttamente ci interessa, proprio in una prospettiva sensibile alle ragioni della “governabilità”, si è indotti a guardare con perplessità a taluni degli esiti a cui ha condotto la prospettiva estensivista, sembrando più indurre ad alleanze “col vincitore”, che ad unioni elettorali con programmi di governo prestabiliti e condivisi. Si pensi proprio emblematicamente al “ripescaggio” delle liste che non abbiano superato la soglia di sbarramento al primo turno (di cui *supra* al §1), ed a come, sulla stessa linea, l’approccio estensivista abbia finito, con un certo paradosso, per contraddire la stessa *ratio* dell’istituto (di favorire, per l’appunto, “la governabilità”). Mentre, come si è preoccupato di sottolineare lo stesso Consiglio di stato nella decisione in commento, più «coerente» con una tale prospettiva si rivela la scelta «di intendere per “voti validi”», «tutti i voti validi espressi per l’elezione a sindaco (e non solo quelli ottenuti dalle liste)» (§5.2.3.). E, ciò, in relazione certamente alla soglia di sbarramento (di cui all’art. 73, comma 7 del TUEL), dato che l’abbassamento dell’entità dei voti di cui tener conto, che deriverebbe dalla considerazione della rilevanza dei soli voti riportati dalle singole liste (invece che dalla somma di queste coi voti dei candidati sindaci) finirebbe per favorire «proprio la frammentazione della rappresentanza politica fra le singole liste in competizione», incidendo «sulla forza e sul valore dell’elezione (diretta) del sindaco e menomando la stessa governabilità dell’ente, valori invece prevalenti secondo il legislatore» (§5.2.3.). Ma anche con riguardo al profilo (di cui *supra* al §2) della soglia impeditiva all’attribuzione del premio di maggioranza (di cui all’art. 73, comma 10 del TUEL), dal momento che se la base di calcolo dei voti validi si amplia anche la percentuale del 50% dei voti validi quale soglia impeditiva dell’assegnazione del premio subisce un conseguente innalzamento in termini di risultato numerico (risultando più difficile da raggiungere, a beneficio della maggioranza di governo).

Peraltro, l’approccio distintivista ha “dalla sua” alcuni «argomenti forti», basati sull’analisi di taluni meccanismi del sistema di votazione (in senso tecnico) (30): segnatamente, il fatto che agli elettori è dato modo di esprimere la propria preferenza «solo al primo turno»; e conseguentemente, che «soltanto nel primo turno possono aversi più di due liste o più di due rag-

gruppamenti, mentre nel secondo turno le liste o i raggruppamenti possono essere solo due (31)»: per cui si ritiene che sarebbe un “non-senso” tener conto di risultati elettorali a cui gli elettori non abbiano preso personalmente parte (32). *Last but not least*, all’elettore è consentito di dare il proprio suffragio (al primo turno), se del caso, «addirittura in modo disgiunto rispetto alla preferenza espressa per il Sindaco (33)», essendo dunque ben possibile che in consiglio vi sia una situazione di equilibrio tra consiglieri eletti nella lista o nelle liste collegate al sindaco e consiglieri eletti in altre liste, come anche che vi sia una maggioranza contrapposta al sindaco (c.d. “anatra zoppa”) (34). Ciò che, come, del resto, ha tenuto a considerare la stessa Corte costituzionale (puntuale richiamata, sul punto, dai fautori dell’approccio distintivista) dimostrerebbe «che la governabilità dell’ente locale non è assunta come un valore assoluto» dalla legge, «ma è apprezzata come valore specificamente tutelabile (giustificandosi la alterazione del criterio proporzionale) soltanto nel caso, di maggior allarme, della frammentazione dei consensi espressi, che è quello del sindaco “debole” collegato ad una o più liste “deboli” (35)» (v. la sent. n. 107 del 1996) (36).

Lara Trucco

Note:

- (1) V. TAR Sicilia-Catania, sez. II, 23 novembre 2004, n. 3384; ed inoltre TAR Puglia-Bari, sez. III, 26 agosto 2008, n. 1989 e, in precedenza, Id., 15 dicembre 2005, n. 5384.
- (2) V. TAR Sicilia-Palermo, sez. II, 23 novembre 2012, n. 2442.
- (3) Cfr. Cons. di Stato, sez. V, 11 giugno 1999, n. 632.
- (4) Cfr. Cons. di Stato, sez. V, 3 aprile 2007, n. 1509.
- (5) Cfr. Cons. di Stato, sez. V, 11 giugno 1999, n. 632; cfr., inoltre, in senso analogo, Cons. di Stato, sez. V, 20 luglio 2001, n. 4055; e Cons. di Stato, sez. V, 2 marzo 2009, n. 1159 (di riforma di TAR Puglia-Bari, sez. III, 26 agosto 2008, n. 1989).
- (6) Cfr. TAR Veneto-Venezia, sez. III, 10 novembre 2009, n. 2742.
- (7) V. TAR Veneto-Venezia, sez. III, 10 novembre 2009, n. 2742, in linea con Cons. di Stato, sez. V, 10 febbraio 2003, n. 652; cfr., inoltre, in tal senso, Cons. stato, sez. V, 10 febbraio 2003 n. 652; e Id., 4 giugno 2003 n. 3083.
- (8) Cfr. TAR Veneto-Venezia, sez. III, 10 novembre 2009, n. 2742.
- (9) Il testo originario dell’art. 5 della legge n. 120 del 1999 (ora comma 7 dell’art. 73 del TUEL) approvato al Senato, infatti, non conteneva l’inciso “al primo turno”. Dai lavori preparatori (spec., dal resoconto stenografico della seduta n. 522 del 21 aprile 1999 della Camera dei deputati: esame dell’art. 4 - A.C. 5828, in <http://www.camera.it/dati/leg13/lavori/stenografici/sed522/s480.htm>) si ricava che la proposta di inserimento dell’inciso fu avanzata in Commissione, dal relatore della legge, d’accordo col Sottosegretario di Stato (in rappresentanza del Governo), come condizione per dare parere favorevole all’accoglimento del c.d. “emendamento Zacchera” (che, invece, aveva una formulazione più complessa, col disporre “che le liste che si presentano da sole e non raggiungono il 3 per cento e si coalizzano al secondo turno non hanno diritto all’assegnazione dei seggi”).
- (10) Così il relatore della legge nella seduta n. 522 del 21 aprile 1999, cit. Si noti come secondo parte della giurisprudenza amministrativa “distintivista” l’esame dei lavori preparatori al testo di legge non lascerebbe «spazio a dubbi in ordine alla volontà del legislatore di incentivare l’aggregazione sin dal primo turno delle forze politiche, stabilendo, per l’effetto, che una lista, che al primo turno abbia ottenuto meno del 3% dei voti, non può influire sulla determinazione delle cifre elettorali delle coalizioni così determinatesi»

(cfr. TAR Veneto-Venezia, sez. III, 10 novembre 2009, n. 2742, che richiama, sul punto, tra i propri precedenti, la decisione della sez. I del 30 ottobre 2003, n. 5717; ed, altresì, Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2005 n. 5653).

(11) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2009, n. 1159.

(12) Cfr. TAR Lazio-Roma, sez. II, 19 febbraio 2010, n. 2667, che richiama, sul punto, Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 1996 n. 290; Id., 20 settembre 2000 n. 4894; Id., 4 maggio 2001 n. 2519; e Id., 29 gennaio 2003 n. 455.

(13) Cfr. TAR Abruzzo-Pescara, infatti, con ord. 29 gennaio 2004, n. 466 (in G.U. spec., n. 18/2004).

(14) Secondo la Corte, infatti, il TAR, nel condividere l’orientamento giurisprudenziale (“distintivista”) che nega la rilevanza dei collegamenti intervenuti in occasione del ballottaggio, avrebbe affermato poi «che la norma così interpretata viola l’art. 3 della Costituzione, perché il principio di eguaglianza impone invece di tener conto (anche) dei collegamenti dichiarati solo per il ballottaggio», finendo per domandare alla Corte una pronuncia di incostituzionalità cui conseguirebbe la stessa disciplina risultante dalla tesi interpretativa accolta dall’altro indirizzo «senza né verificare la possibilità di un’interpretazione costituzionalmente orientata, idonea a sottrarre la norma al contrasto con i parametri evocati, né (in alternativa) motivare sull’impossibilità di essa» (v. la ord. n. 305 del 2004, in cui si richiama l’ord. 107 del 2003).

(15) Stabilisce, infatti, l’art. 6 (“Interpretazione autentica in materia di computo dei voti per l’attribuzione del premio di maggioranza”) della legge della Regione Sicilia 5 aprile 2011, n. 6 (di modifica “di norme in materia di elezione, composizione e decadenza degli organi comunali e provinciali”), che “Il comma 6 dell’articolo 4 ed il comma 7 dell’articolo 7 della legge regionale 15 settembre 1997, n. 35 e successive modifiche ed integrazioni, si interpretano nel senso che ai fini dell’attribuzione del premio di maggioranza non sono computabili i voti espressi per le liste che, ai sensi del comma 3 bis dell’articolo 4 e del comma 4 bis dell’articolo 7, non sono ammesse all’assegnazione di seggi”.

(16) Trattasi, per la precisione, del comma 6 dell’art. 4 e del comma 7 dell’art. 7 della L.R. Sicilia 15 settembre 1997, n. 35, recante “Nuove norme per la elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale” (v. la precedente nota).

(17) Cfr., al proposito, TAR Sicilia-Catania, sez. II, 8 novembre 2012, n. 2569.

(18) V. già il Cons. di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (in sede giurisdizionale), dec. 21 gennaio 2005, n. 14; v., inoltre, successivamente, Id., 21 gennaio 2005, n. 14; Id., 1° agosto 2005, n. 514; Id., 23 settembre 2008, n. 781.

(19) V. TAR Sicilia-Catania, sez. III, 4 giugno 2009 n. 1023.

(20) V. TAR Piemonte, sez. II, sent. 23 ottobre 2009, n. 2316; TAR Calabria, sez. II, sent. 2 luglio 2010, n. 1422; e TAR Cagliari, sez. II, sent. 4 novembre 2011, n. 1060; TAR Sicilia-Catania, 6 ottobre 2011 n. 2401; TAR Sicilia-Catania, sez. III, 4 giugno 2009, n. 1023; e Id., 11 novembre 2010, n. 4405.

(21) V. Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2010, nn. 3021 e 3022; e Id., 17 maggio 2012, n. 2823.

(22) V. Cons. Stato, sez. V, sent. 14 maggio 2010, n. 3022, di “conferma” di TAR Piemonte, sez. II, sent. 23 ottobre 2009, n. 2316.

(23) V. Cons. di Stato, sez. V, sent. 16 febbraio 2012, n. 802.

(24) Il TAR Liguria richiama, sul punto Cons. di Stato, sez. V, 16 febbraio 2012, n. 802; Id. sez. V, sent. 14 maggio 2010, n. 3022.

(25) A tale proposito, il Consiglio di stato, nella decisione in commento, tiene a evidenziare come, anche volendosi seguire un approccio letterale, non possa «sottacersi che questa stessa Sezione con la sentenza n. 822 del 14 maggio 2010 ha già avuto modo di sottolineare, con riferimento allo stesso substrato normativo, che laddove il legislatore ha inteso riferirsi ai soli voti di lista ha usato l’e-

spressione “cifra elettorale” (art. 73, comma 5) e che quando ha inteso riferirsi, quale base di calcolo di una percentuale, alla totalità dei voti espressi, compresi quelli per l’elezione alla carica di sindaco, ha usato l’espressione “voti validi”. Ebbene, secondo i giudici di Palazzo Spada si tratterebbe di conclusioni che, «pur non riguardando la stessa fattispecie oggetto della presente controversia», avrebbero però «carattere di generalità» e risulterebbero «ragionevoli e convincenti, essendo basate sulla corretta applicazione del criterio ermeneutico della presuntiva costanza terminologica del legislatore nell’ambito di uno stesso testo normativo, così che da esse la Sezione non ritiene di doversi discostare, tanto più che anche nella controversia in esame il comma 7 dell’art. 73, che presuppone il calcolo della percentuale del 3%, quale soglia di ammissione delle liste all’assegnazione dei seggi, fa riferimento ai voti validi, ed il successivo comma 8, determinando le concrete modalità di assegnazione del numero dei consiglieri a ciascuna lista o a ciascun gruppo di liste, richiama esclusivamente la “cifra elettorale” di ciascuna lista» (§5.2.2.).

(26) Ci si riferisce a TAR Sicilia-Catania, sez. II, dell’8 novembre 2012, n. 2569.

(27) V. TAR Sicilia-Catania, sez. II, 8 novembre 2012, n. 2569.

(28) V. TAR Sicilia-Catania, sez. II, 8 novembre 2012, n. 2569.

(29) V., già, in tal senso, TAR Sicilia-Catania, sez. III, 4 giugno 2009, n. 1023.

(30) In estrema sintesi, un tale sistema di voto dà modo agli elettori di votare validamente a beneficio di una lista e del candidato sindaco dalla medesima lista sostenuto (voto doppio); oppure a favore di una lista, o per un candidato consigliere (nell’ambito della lista votata), valendo, in queste due ultime ipotesi, un tale voto, automaticamente (per la lista e) per il candidato sindaco “collegato” (voto fuso); ancora in alternativa - e son queste le ipotesi che qui più interessano - essi possono esprimere il proprio suffragio unicamente per il sindaco, senza effetto automatico di trasferimento del voto alla/e lista/e che lo sostengono (voto esclusivo); o per un candidato alla carica di sindaco e per una lista diversa rispetto a quella/e da cui questi è sostenuto (c.d. voto disgiunto). Sia consentito di rinviare, in argomento, a L. TRUCCO, *Fondamenti di diritto e legislazione elettorale*, Torino, 2011, 124 e ss.; e in *Democrazie elettorali e stato costituzionale*, Torino, 2011, 432 e ss.

(31) V. TAR Sicilia-Catania, sez. II, 23 novembre 2004, n. 3384; cfr., inoltre, in senso analogo, TAR Puglia-Bari, sez. III, 1° dicembre 2005, n. 5384; nonché, più di recente, Cons. di Stato, sez. V, 26 ottobre 2011, n. 5721.

(32) Cfr. in tal senso, Cons. di Stato, sez. V, 11 giugno 1999, n. 632.

(33) V. TAR Veneto-Venezia, sez. III, 10 novembre 2009, n. 2742; cfr. inoltre, in senso analogo, in precedenza, Id., sez. I, 30 ottobre 2003 n. 5717; TAR Puglia-Bari, sez. III, 26 agosto 2008, n. 1989; TAR Sicilia-Catania, sez. II, 23 novembre 2004, n. 3384; Id., sez. III, 15 dicembre 2008, n. 2345.

(34) Ciò accade quando la/e lista/e collegata/e al sindaco eletto non raggiungono il 50% dei voti, per cui potrebbe aversi che la lista/e di uno dei candidati sconfitti abbia/abbiano ottenuto più del 50% dei voti, acquisendo, appunto, la maggioranza in consiglio.

(35) V. Corte cost., sent. 4 aprile 1996, n. 107. Si noti, peraltro, come nella medesima decisione la Corte tenga a considerare che «Nel primo turno l’elettorato è chiamato ad esprimersi sia per i candidati alla carica di sindaco, sia per le liste che concorrono per la composizione del consiglio comunale. Quindi, ancorché espresso in un’unica scheda, il voto è doppio e, secondo una precisa e consapevole opzione del legislatore, può essere anche disgiunto, nel senso che è possibile che l’elettore voti per un candidato sindaco e, contemporaneamente, per una lista ad esso non collegata» (v. il punto 2.2. del “Considerato in diritto”).

(36) Per l’esame delle ulteriori ragioni di “coerenza logica” del sistema che consigliano l’adozione dell’approccio “distintivista”, se-

condo quanto, peraltro, indicato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 135 del 1996, sia consentito rinviare a L. TRUCCO, *Questioni controverse concernenti il computo dei suffragi nelle elezioni comunali*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 2 del 2013, 349 e ss.

T.A.R. Liguria, sez. II, 10 giugno 2013, n. 896 - Pres. Caruso - Est. Goso - Farmacia Oregina e altri (Avv. Massa) c. Regione Liguria e c. Comune di Genova.

BANDO di concorso pubblico straordinario per l’assegnazione di sedi farmaceutiche - disposizioni sulle liberalizzazioni d.l. n. 1/2012 - assegnazione sedi vacanti - omesso espletamento degli accertamenti istruttori e pianificazione farmaceutica - violazione parametro numerico - giustificata compressione delle libertà fondamentali garantite dal trattato europeo per il perseguimento di superiori obiettivi di interesse collettivo connessi alla fornitura di medicinali sicuri e di qualità.

In tema di bando di concorso pubblico straordinario per l’assegnazione di sedi farmaceutiche disponibili, indetto dalla Regione Liguria in applicazione delle nuove disposizioni dettate dal D.l. n. 1/2012, nella parte in cui è prevista altresì l’assegnazione di alcune sedi vacanti ubicate in zone limitrofe a quelle in cui operano le ricorrenti, la formale vacanza di una sede farmaceutica non ne consente l’assegnazione laddove non sia stato preventivamente verificato il rispetto dei parametri numerici (rapporto farmacie / abitanti) previsti dalla normativa di settore. (1)

Il parametro numerico trova applicazione sia per l’istituzione di nuove sedi farmaceutiche, nonché per l’assegnazione di sedi vacanti.

In tema di pianificazione sanitaria la Corte di Giustizia CE ha affermato che l’esigenza di tutela della sanità pubblica può giustificare restrizioni alle libertà fondamentali del Trattato. (2)

L.B.

(1-2) Nota.

Con ricorso collettivo notificato in data 30 novembre 2012, quattordici titolari di farmacie, aventi sede in Genova, hanno impugnato il bando di concorso pubblico straordinario per l’assegnazione di sedi farmaceutiche disponibili, indetto dalla Regione Liguria in applicazione alle nuove disposizioni dettate dal D.l. n. 1/2012 sulle liberalizzazioni, nella parte in cui è altresì prevista l’assegnazione di 4 sedi vacanti (peraltro inserite in pianta organica quasi 30 anni prima) ubicate in zone attigue a quelle in cui esplicano il proprio servizio le ricorrenti.

Con il sopra cennato ricorso le ricorrenti hanno sostenuto che la formale vacanza di una sede farmaceutica non ne consentirebbe l’assegnazione laddove non sia stato preventivamente verificato il rispetto dei parametri numerici (rapporto farmacie / abitanti), previsti dalla normativa di settore.

Le censure poste in essere dalle ricorrenti non contestano l’astratta possibilità di istituire sedi farmaceutiche messe a concorso, bensì la sussistenza dei presupposti del potere attualmente esercitato dalla Regione alla luce del decremento demografico *medio tempore* verificatosi, tale da non consentire il rispetto di quei parametri numerici previsti dalla normativa di settore che condizionano in modo vincolante la possibilità di assegnarne l’esercizio.

Non appare ultroneo rammentare come il concorso straordinario di cui si controverte sia stato indetto dalla Regione Li-

guria, in attuazione a quanto statuito dall'art. 11 del D.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27.

Tale disposizione, dichiaratamente finalizzata a agevolare l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti nonché a favorire le procedure per l'apertura di nuove sedi farmaceutiche, garantendo una più capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico, ha modificato il rapporto farmacie / abitanti, già previsto dall'art. 1 della Legge 2 aprile 1968, n. 465, riducendolo da 1/4000 ad 1/3.300.

Pertanto, secondo la nuova disciplina, ogni Comune potrà autorizzare una farmacia ogni 3.300 abitanti.

Appare altresì opportuno ricordare come il numero di farmacie spettanti a ciascun Comune, debba essere sottoposto a revisione entro il mese di dicembre di ogni anno pari, in base alle rilevazioni della popolazione residente, pubblicate dall'Istituto Nazionale Statistica (cfr. art. 2, comma 2, L. 475/1968, come sostituito dall'art. 11 D.l. 1/2012).

Nel caso *de quo*, la Regione Liguria ha previsto che, mediante tale concorso straordinario, fossero assegnate oltre alle sedi farmaceutiche di nuova istituzione (in base al nuovo parametro numerico), anche tutte quelle formalmente vacanti, ritenendo che il parametro dei 3.300 abitanti dovesse trovare applicazione solo nei casi di istituzione di nuove sedi, ma non consentisse di sopprimere o di non assegnare quelle vacanti e già esistenti in numero eccedente il parametro.

Tale tesi non è stata condivisa dal Collegio, il quale ha statuito come il parametro numerico (rapporto farmacie / abitanti) debba trovare applicazione in ogni caso, e quindi anche per l'assegnazione delle sedi vacanti, le quali non potrebbero essere messe a concorso laddove non ne sia stata preventivamente verificata la compatibilità con il predetto rapporto farmacie / abitanti.

Invero, la disciplina introdotta con il più volte ricordato art. 11 D.l. 1/2012, non ha inteso realizzare un'indiscriminata liberalizzazione del settore farmaceutico, ma solo introdurre nuovi parametri numerici in funzione del potenziamento del servizio medesimo, tale da assicurare una più capillare copertura sul territorio.

La predetta disciplina, frutto di una conciliazione tra esigenze pubbliche, talvolta non convergenti, garantisce, da un lato, l'adeguata copertura del servizio e l'apertura al confronto concorrenziale, e, dall'altro, la tutela delle condizioni di sicurezza e di qualità del servizio farmaceutico.

Il Legislatore è chiamato pertanto a considerare anche l'interesse economico degli esercenti, fondato sull'adeguatezza del bacino d'utenza, talché il contingentamento delle farmacie costituisce il non irragionevole strumento adottato per garantire tale interesse (cfr. Corte Cost., 13 novembre 2009, n. 295).

Infine in tema di pianificazione sanitaria, ed in particolare di limiti di distanza tra sedi farmaceutiche, si è pronunciata la Corte di Giustizia CE, la quale ha affermato, con Sentenza n. 570 del 1 giugno 2010, che l'esigenza di tutela della sa-

nità pubblica può giustificare la compressione delle libertà fondamentali del Trattato, come la libertà di stabilimento, laddove sia perseguito l'obiettivo di garantire alla popolazione una fornitura di medicinali sicura e di qualità.

La medesima Corte ha dichiarato la compatibilità comunitaria di una normativa nazionale che preveda l'apertura di non più di una farmacia per un certo numero di abitanti, poiché *“una tale condizione può sortire l'effetto di canalizzare l'insediamento di farmacie verso parte del territorio nazionale dove l'accesso al servizio farmaceutico è lacunoso”*.

Tale opzione ermeneutica appare coerente con quanto statuito dalla L. 475/1968, come modificata dal D.l. 1/2012, posto che la lesione lamentata con il ricorso va ricondotta in modo immediato e diretto alla determinazione inerente la messa a concorso delle sedi vacanti.

Lorenzo Barabino
Avvocato, Foro di Genova

T.A.R. Liguria, sez. I, 21 gennaio 2013, n. 145 - Pres. Balba - Est. Vitali - Gestioni Avanzate S.p.a. ora Residence Paradiso S.r.l. (Avv.ti Quaglia e Cervetti) e Comune di Camogli (Avv. Granara) e nei confronti di B.S. D. S. (Avv. Massa).

AUTORIZZAZIONE paesaggistica - diniego - contrasto dell'intervento con la disciplina urbanistica- legittimità.

PROCEDIMENTO amministrativo - partecipazione - art. 10 bis L. 241 del 1990 - motivazione - criterio sufficienza.

È legittimo il diniego di autorizzazione paesistica ambientale relativa ad un intervento già oggetto di permesso di costruire decaduto e non più rinnovabile. L'autorizzazione paesaggistica pur costituendo atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire non ha ragione di essere rilasciata allorché l'intervento non sia approvabile sotto il profilo edilizio.

Il nulla-osta previsto dall'art. 7 l. 29 giugno 1939 n. 1947, da parte dell'autorità preposta alla tutela degli interessi paesistici, in sede di concessione edilizia relativa a zona sottoposta a vincolo, presuppone la valutazione solo dei suddetti interessi e non anche l'esame della legittimità della concessione sotto il profilo urbanistico, salvo che non appaia "ichu oculi" che si tratti di areasottoposta a vincolo assoluto di inedificabilità.

(Consiglio di Stato, Ad. Plen., 3 ottobre 1988)

Non è necessaria un'analitica confutazione delle memorie procedurali essendo sufficiente una motivazione che renda nella sostanza percepibile la ragione del mancato adeguamento dell'azione della pubblica amministrazione alle deduzioni difensive dei privati.

(T.A.R. Campania - Napoli, 15 settembre 2011, n. 4402)

L.B.

Recensioni

La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)

FRANCESCA BAIO

Annali della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, Giuffrè Editore, Milano, 2012, pp. XVIII - 349

Lo studio, condotto in un'ottica eminentemente costituzionalistica, pur non trascurando affatto le imprescindibili prospettive di settore, si ripropone come obiettivo specifico il tema della scrittura delle sanzioni, anche sotto il profilo del cd. *drafting*, nell'intendimento di vagliare in che misura e con quali modalità le dinamiche legislative abbiano a riferimento, nei diversi momenti evolutivi dell'ordinamento, i pertinenti principi costituzionali o piuttosto altre diverse spinte sulla cui razionalità la Corte costituzionale è stata chiamata a vigilare con esiti giurisprudenziali verosimilmente non ancora compiuti e suscettibili di essere orientati dal dialogo internazionale tra le Corti.

In questa prospettiva, la ricerca pone l'attenzione su quattro fondamentali quesiti: "se e perché punire", "come punire", "quanto punire" e, da ultimo e conclusivamente, "quale funzione per la pena".

Al primo quesito si cerca di rispondere verificandosi, da un lato, il grado di "ragionevolezza/coerenza" del legislatore nello scrivere le sanzioni, anche attraverso la disamina dei lavori preparatori alle varie riforme organiche del codice penale che, nel corso degli anni, si sono susseguite senza trovare, tuttavia, alcuno svolgimento concreto e che, conseguentemente, portano a ritenere che esso sia piuttosto mosso da strategie politiche occasionali, volte a soddisfare esigenze di allarme sociale particolarmente avvertite dall'opinione pubblica e alimentate, spesso, dai media. E, dall'altro lato, si pongono in evidenza i vari approdi a cui è giunta la dottrina su quei principi costituzionali che, in qualche modo, dovrebbero limitare la discrezionalità legislativa, e cioè i principi di colpevolezza, di offensività del reato, di irretroattività della legge penale e di riserva di legge. Partendosi, infatti, dalla giurisprudenza costituzionale che si è affermata intorno all'art. 27, comma 1, Cost., si approfondisce la problematica concernente l'intrinseco disvalore del reato, in merito al quale la Corte costituzionale ha fissato diversi criteri per delimitare non solo l'offensività in concreto, rimessa al giudizio dell'autorità giudiziaria, ma anche l'offensività in astratto, che deve muovere il legislatore già nella fase della definizione della comminatoria e che può essere sindacata dalla stessa Corte costituzionale qualora si appalesi manifestamente irragionevole. Il passaggio successivo è quello di individuare il campo di applicazione del divieto di retroattività della legge penale (con le connesse questioni relative alla sindacabilità della norma penale più favorevole e della *lex mitior*, principi questi che hanno trovato terreno fecondo anche in ambito eurounitario). E, del resto, non si manca di evidenziare che anche il regime sanzionatorio, considerato da sempre uno dei baluardi statali, può essere in qualche modo

messo in crisi vuoi da fonti extrastatali (e, particolarmente, da quelle sovrastatali), vuoi dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Al secondo, e logicamente conseguente, quesito, ossia quello del "come punire", si risponde individuando, innanzitutto, le differenze tra le diverse sanzioni, pur dovendosi a tal proposito mettere in guardia dal fatto che, se può apparire meno problematica la distinzione tra sanzione civile da una parte, e sanzioni penali e amministrative dall'altra, maggiori difficoltà sembrano incontrarsi nel differenziare queste ultime due, in quanto la scelta tra l'un tipo di sanzione e l'altro sembra dettata, molto spesso, dall'opportunità politica. Del resto, come emerge dalla ricerca, non minori difficoltà paiono incontrarsi nel discernere tra delitto e contravvenzione, sebbene sul punto, così come per la distinzione tra sanzioni penali e amministrative, sia intervenuta una pionieristica circolare della Presidenza del Consiglio del 1986. Un particolare approfondimento viene poi svolto riguardo al fenomeno della depenalizzazione (così come quello, più radicale, della decriminalizzazione), veri e propri "atti di dolore" con cui ogni Governo si trova, in linea di massima, a dover fare "i conti" e che, se vanno a beneficio del processo penale, non essendo predisposti secondo una logica coerente, comportano una diminuzione delle garanzie e una mera redistribuzione dei compiti in uffici diversi che, in gran parte, non sono idonei ad accogliere "i nuovi arrivi", o perché non ne hanno la capacità, anche solo da un punto di vista economico, o perché sono gli stessi che devono regolamentare l'attività amministrativa oggetto di sanzione.

L'indagine sul "quanto punire" si concentra, poi, sull'individuazione delle differenti logiche che si pongono a fondamento delle tipologie sanzionatorie principali (la pena di morte, l'ergastolo, le pene pecuniarie fisse e proporzionali), per poi analizzare il sindacato svolto dalla Corte costituzionale proprio in merito alla misura della sanzione, laddove, tuttavia, emergono atteggiamenti ondivaghi e, in linea di massima, affidati alla capacità del giudice rimettente di individuare *tertia comparationis* omogenei. Da ultimo, il quarto quesito, "quale funzione per la pena", si occupa particolarmente di verificare quali svolgimenti abbia avuto nel nostro ordinamento il finalismo rieducativo della pena dal momento che, se in un primo periodo è stato ritenuto, dalla stessa Corte costituzionale, un parametro non utilizzabile, di fatto, nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi, ritenendosi il principio esclusivamente riferibile alla fase esecutiva della pena, si è poi mutato orientamento con la ben nota sentenza n. 313 del 1990, in cui si è stabilito che "il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie". L'art. 27, comma 3, d'altro canto, è suscettibile di interagire con quanto disposto dall'art. 31 Cost. per quel che concerne i minori, e proprio in questo specifico contesto, come viene dato conto nello studio, la giurisprudenza costituzionale ha assunto, sin dalle origini, un atteggiamento di *favor*.

Alessandro Barca

Sezione di diritto tributario

Massime

Commissione tributaria provinciale di Genova, sez. X, 3 gennaio 2013 - Pres. Balba - Rel. Giusti - Bocca (Studio Torrente Bini) c. Agenzia del Territorio Ufficio Genova.

ACCERTAMENTO - rendita catastale - rettifica - mutato contesto urbanistico - mancata valutazione - motivazione - insufficiente.

Ai fini della rettifica della rendita catastale di un immobile, non è sufficiente un generico richiamo alle disposizioni che regolano le operazioni dell'estimo catastale, fondate su metodologie comparative ma occorre altresì indicare che tipo di comparazione è stata effettuata. Inoltre, la valutazione dell'Agenzia del territorio deve essere effettuata tenendo in considerazione le mutate condizioni sia del contesto urbanistico in cui è inserito l'immobile, sia di "comodità" o "signorilità" considerate in senso evolutivo con le mutate tecnologie ed i nuovi sviluppi scientifici.

C.N.

Commissione tributaria provinciale di Genova, sez. X, 3 gennaio 2013 - Pres. e Rel. Mignone - T. (Ninna) c. Agenzia delle Entrate Ufficio Genova 1.

ACCERTAMENTO - acquisto di immobile con aliquota agevolata - rivendita prima dello scadere dei cinque anni di possesso continuativo - truffa a danni del contribuente - effettivo acquisto, entro l'anno della vendita del primo appartamento, di altro immobile da adibire ad abitazione principale - accertato - violazione del disposto di cui all'art. 1, nota II bis, Tariffa 1, allegata al D.P.R. 131/86 - non sussiste - tassazione agevolata - confermata.

Per il contribuente che rivende, prima dello scadere dei cinque anni di possesso continuativo, l'immobile acquistato con aliquota agevolata, sono salve le agevolazioni di cui all'art. 1, nota II bis, Tariffa 1, allegata al D.P.R. 131/86, qualora risulti dagli atti di un giudizio instaurato avanti al Tribunale, l'effettività dell'acquisto, entro l'anno della vendita del primo appartamento, di altro immobile da adibire ad abitazione principale.

C.N.

Commissione tributaria provinciale di Genova, sez. IV, 2 gennaio 2013 - Pres. Ghigliazza - Rel. Podestà - G. (Avv. Scotto) c. Agenzia del Territorio Ufficio Genova.

ACCERTAMENTO - rendita catastale - principio dell'ordinarietà - cattivo stato di manutenzione dell'immobile - irrilevanza - nuova determinazione del classamento - correttezza.

Con riguardo al cattivo stato di manutenzione dell'immobile oggetto del rilassamento, il principio generale dell'ordinarietà esclude la valutazione di situazioni particolari o di condizioni migliori o peggiori di un bene rispetto a quelle ordinariamente presupposte. Infatti, il classamento delle unità a destinazione ordinaria (categoria A, B e C), deve avvenire confrontandole con le "unità tipo" in riferimento a condizioni di ordinarietà, come previsto dall'I-

struzione IV del Direttore Generale del Catasto e dei SS.TT.EE. (norme per la determinazione delle rendite catastali - 28/07/1942).

C.N.

Commissione tributaria provinciale di Genova, sez. I, 15 gennaio 2013 - Pres. Fenizia - Rel. Scanu - G. (Traversaro) c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale Ufficio Controlli Genova.

ACCERTAMENTO - omessa registrazione del contratto di locazione - mancata indicazione in dichiarazione del valore minimo catastale ex c. 1 art. 41 ter D.P.R. 600/73 - accertamento di valori di locazione di gran lunga superiori a quelli previsti dalla banca dati O.M.I. - legittimità - età e stato di salute del contribuente - irrilevanza.

Dall'omessa registrazione del contratto di locazione ex c. 2 dell'art. 41 ter del D.P.R. 600/73, deriva che il criterio catastale abbia valore di presunzione legale, rappresentando una fattispecie più grave, senza però impedire all'Ufficio di svolgere la propria attività accertativa, avendo rilevato la mancata indicazione in dichiarazione del valore minimo catastale.

L'esiguità dei crediti dichiarati emersa dal raffronto tra i redditi dichiarati per le locazioni di immobili e la banca dati OMI è inconferente con l'età avanzata e il precario stato di salute del contribuente.

C.N.

Commissione tributaria provinciale di Genova, sez. V, 3 gennaio 2013 - Pres. Brusco - Rel. Galletto - S. (Tonan) c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale Ufficio Controlli Genova.

ACCERTAMENTO ex art. 39 D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 - percentuali di ricarico e di scarto - non congrue - attività accertativa - infondata.

In materia di accertamento induttivo, non è fondata l'attività accertativa dell'Ufficio che, da un lato, non tiene conto della diversità quantitativa e qualitativa dei beni venduti dal soggetto accertato e che, dall'altro, individua una percentuale di ricarico (pari a quella media ponderata il giorno dell'accesso dell'Ufficio, "attendibile e veritiera espressione di quella applicata anche ai periodi di imposta precedente") e di scarto non congrua, considerate le percentuali applicate negli anni precedenti e dovendo altresì tenere conto della effettiva perdita della merce o del suo smercio sottocosto per rimanenze di fine giornata.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. X, 18 aprile 2013 - Pres. Mignone - Rel. Del Vigo - S.F. c. Agenzia del Territorio.

ACCERTAMENTO CATASTALE - rendita catastale pro-

posta con procedura DOCFA - rettifica da parte dell'Agenzia del Territorio - motivazione - indicazione della consistenza e della classe - sussiste.

ACCERTAMENTO catastale - immobile - di tipo "signorile" - categoria "A/1" - caratteristiche - condizioni per definire l'immobile "di lusso" - irrilevanza.

L'obbligo di motivazione dell'atto con cui l'Agenzia del Territorio rettifica il classamento catastale dell'immobile proposto dal contribuente con procedura DOCFA, deve ritenersi assolto con l'indicazione della consistenza della categoria e della classe dell'immobile.

Deve ritenersi immobile di tipo "signorile", e come tale classificabile nella categoria "A/1", l'immobile sito in una zona residenziale immersa nel verde, di superficie di 230 mq e con una consistenza di 12,5 vani, essendo irrilevante, ai fini di tale qualificazione, richiamare le condizioni previste dalla normativa fiscale per la qualificazione di un immobile come "di lusso".

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. II, 27 marzo 2013 - Pres. e Rel. Cardino.

ACCERTAMENTO - indagini bancarie - autorizzazione da parte del direttore centrale dell'accertamento o del direttore regionale dell'Agenzia delle Entrate - mancata allegazione all'accertamento - nullità dell'atto - insussistenza.

ACCERTAMENTO - indagini bancarie - ricostruzione induttiva di ricavi accertati - costi sostenuti - riconoscimento - percentuale - rapporto tra versamenti non giustificati e prelievi accertati - determinazione.

In tema di indagini bancarie, la mancata allegazione all'accertamento dell'autorizzazione ad effettuare tali indagini non inficia la validità dell'atto impositivo. Infatti, l'onere di allegazione dell'atto richiamato non può concernere qualsiasi atto che costituisca un presupposto del complessivo procedimento di accertamento in quanto l'art. 7 della L. n. 212/2000 impone l'allegazione dell'atto richiamato, a pena del difetto di motivazione dell'accertamento, solo quando il medesimo contribuisca a chiarire i motivi dell'accertamento eseguito, così da evitare che, per effetto della sua mancata allegazione, il contribuente subisca una compressione del suo diritto di difesa. Pertanto, dal momento che l'autorizzazione in questione non aiuta il contribuente a comprendere le ragioni poste a base dell'accertamento la sua mancanza non determina l'invalidità dell'accertamento.

Conformemente a quanto affermato dalla Corte Costituzionale con la sent. n. 225/2005, nel caso di accertamento induttivo si deve tenere conto, in ossequio al principio di capacità contributiva, non solo dei maggiori ricavi accertati ma anche della incidenza percentuale dei relativi costi, che devono pertanto essere detratti dall'ammontare dei prelievi non giustificati. Pertanto, con riferimento agli accertamenti bancari, l'incidenza percentuale dei costi su tali ricavi può essere dedotta dalla proporzione tra i versamenti non giustificati (corrispondenti a ricavi lordi percepiti "in nero") e gli ulteriori prelievi accertati (corrispondenti ad acquisti "in nero"), attraverso quindi la seguente proporzione: versamenti non giustificati : prelievi accertati = 100 : X.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. I, 7 maggio 2013 - Pres. Soave - Rel. Venturini.

ACCERTAMENTO - sintetico - contraddittorio - memorie e documenti prodotti dal contribuente - accertamento - motivazione della pretesa - valutazione delle allegazioni del contribuente nella fase del contraddittorio - assenza - accertamento - illegittimità

In tema di accertamento "sintetico", è nullo, per vizio di motivazione, l'atto impositivo che non abbia esposto le ragioni per le quali l'Ufficio ha disatteso le deduzioni ed i documenti offerti dal contribuente in sede di contraddittorio preventivo.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. X, 21 marzo 2013 - Pres. Loffredo - Rel. Penna - E.E. S.p.A. c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale di Genova.

ACCERTAMENTO - sponsorizzazioni - costi - deducibilità - inerenza - valutazione da compiersi con riferimento all'attività di impresa - sussistenza.

ACCERTAMENTO - fatture - operazioni oggettivamente inesistenti - indeducibilità del costo - Amministrazione finanziaria - dimostrazione della inesistenza dell'operazione documentata dalla fattura - onere della prova - incombenza

Il costo sostenuto da un'impresa per una sponsorizzazione deve sempre essere considerato "inerente" (ai sensi dell'art. 109, comma 5, TUIR) se ed in quanto funzionalmente connesso all'attività dell'impresa, dovendo ritenersi illegittima la valutazione di congruità di tale costo rispetto all'utile conseguito.

Mentre al contribuente incombe l'onere di dimostrare la sussistenza dei componenti negativi dedotti dal proprio reddito, qualora l'Amministrazione finanziaria disconosca i costi documentati da fatture ritenute relative ad operazioni inesistenti, la medesima, che adduce la falsità del documento, ha l'onere di provare che l'operazione commerciale documentata dalla fattura non è mai stata posta in essere.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova - sez. X, 18 aprile 2013 - Pres. Loffredo - Rel. Piu - B.U. (Avv. Lovisolo) c. Agenzia delle Entrate - Direzione Provinciale di Genova.

IMPOSTA di registro - atti costitutivi di diritti reali di godimento - terreno - costituzione diritto di superficie - impianto fotovoltaico - imposta di registro - misura proporzionale dell'8% - applicabilità.

È assoggettabile all'imposta di registro proporzionale nella misura dell'8%, prevista dal comma 1 dell'art. 1 della parte I della Tariffa, l'atto costitutivo del diritto di superficie relativo ad un terreno sul quale siano collocati impianti fotovoltaici.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. X, 18 aprile 2013 - Pres. Loffredo - Rel. Piu - D.G. c. Agenzia delle Entrate - Direzione Provinciale di Genova.

IMPOSTA di registro - sentenza - attribuzione di un diritto reale dietro il pagamento di un compenso - natura della sentenza - costitutiva - imposta di registro - aliquote dell'8% - applicabilità.

La sentenza del Tribunale che ha riconosciuto ai condomini di uno stabile la spettanza del diritto reale d'uso di una porzione di cortile pertinenziale, previa corresponsione di una somma di denaro al

venditore dell'immobile (il quale nell'originario atto di vendita non aveva riconosciuto ai compratori tale diritto), ha natura costitutiva e non dichiarativa e, come tale, deve essere assoggettata all'imposta di registro nella misura dell'8% (ex art. 8, n. 1, lett. a della parte I° della Tariffa) e non dell'1% quale imposta diversamente prevista per gli atti aventi natura dichiarativa.

Commissione tributaria provinciale di Genova, sez. V, 3 gennaio 2013 - Pres. Ghigliazza - Rel. Marcenaro - C. F. (Avv. Damonte) c. Agenzia delle Entrate Ufficio Rapallo.

IMPOSTA di registro - trasferimenti di immobili a seguito di aggiudicazione nei pubblici incanti - art. 44 D.P.R. n. 131/1986 - non si applica - disciplina del "prezzo - valore" ex art. 1, c. 497, L. n. 266/2005 - applicabilità.

L'art. 44 del DPR n. 131/1986, che regola l'imposta di registro nei casi di espropriazione e trasferimenti coattivi, non è applicabile ai trasferimenti di immobili conseguenti ad aggiudicazioni nei pubblici incanti.

La procedura ad evidenza pubblica è, infatti, posta a garanzia dell'Ente pubblico, ma non può essere punitiva nei confronti dei partecipanti i quali, pur avendone i requisiti, si troverebbero privati della possibilità di ricorrere al criterio del "prezzo - valore" di cui all'art. 1 c. 497 della L. 266/2005, per effetto di un'ingiusta applicazione dell'art. 44 del DPR 131/1986.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. X, 18 aprile 2013 - Pres. Mignone - Rel. Scanu - G. (Avv. Lovisolo) c. Agenzia delle Entrate - Direzione Provinciale di Genova.

IRPEF - pensione integrativa - ritenuta - sull'intero ammontare - esclusione - sull'87,50% - trattamento erogato da enti di cui alla L. n. 70/1975 - distinzione con enti non previsti dalla L. n. 70/1975 - insussistenza

Le forme pensionistiche complementari, comunque erogate in forma di trattamento periodico ai sensi del D.lgs. n. 124/1993, costituiscono reddito per l'87,50 dell'ammontare corrisposto, senza alcuna distinzione tra prestazioni pensionistiche erogate da enti previsti dalla l. n. 70 del 1975 da quelle erogate da enti non previsti dalla suddetta normativa; tale forma di tassazione continua ad applicarsi nei limiti previsti dalla disciplina transitoria di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 47/2000 (nella specie, è stato riconosciuto il rimborso della maggiore imposta trattenuta a dipendenti del Consorzio Autonomo del Porto di Genova sulla pensione erogata dallo specifico fondo gestito dall'Inps).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. V, 9 gennaio 2013 - Pres. e Rel. Brusco.

IRPEF - reddito d'impresa - società di comodo - perdita competitività - interruzione produzione beni - collocazione stabilimento - centro storico medioevale - lontananza vie comunicazione - difficoltà alienazione stabilimento - mancata contestazione amministrazione - presenza situazioni oggettive - disapplicazione normativa - consegue - art. 30, comma 4-bis, L. 23 dicembre 1994, n. 724.

E' da ritenere non operativa quella società che, nel corso degli

anni, ha perso la sua competitività, ha smesso la produzione dei beni per cui era sorta, e l'amministrazione non ha contestato l'asserita difficoltà ad alienare uno stabilimento industriale con attrezzature obsolete sito in un centro storico e lontano dalle vie di comunicazione (Nel caso di specie, la contribuente, produttrice di piume sin dal 1953, aveva avuto un forte ridimensionamento a seguito della concorrenza dei prodotti cinesi, tant'è che nei decenni successivi aveva licenziato la maggior parte dei dipendenti, ed infine, nel 2003, aveva interrotto l'attività di produzione limitandosi ad una modesta attività di commercializzazione di articoli in piume d'oca, al fine di tutelare il valore del marchio aziendale conosciuto ed apprezzato anche a livello internazionale. Conseguentemente il complesso industriale risultava sostanzialmente inutilizzato e di difficile alienazione essendo situato nel pieno centro di un comune medioevale, e la contribuente contestava la tesi dell'amministrazione).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. X, 10 gennaio 2013 - Pres. Mignone - Rel. Del Vigo, W.P. S.r.l. c. Agenzia delle Entrate - Direzione Provinciale di Genova.

IVA - compravendita immobile - cedente non residente - assoggettamento atto iva - carenza requisito soggetto - successivo assoggettamento registro - istanza rimborso iva cessionario - erroneo accoglimento - illegittima detrazione cessionaria - successivo recupero - debenza sanzioni - non sussiste.

E' illegittima l'irrogazione di sanzioni per la detrazione IVA indebitamente operata dal cessionario con riferimento alla fattura ricevuta per l'acquisto di un immobile effettuato presso un soggetto non residente, il cui atto di compravendita sarebbe invece dovuto essere assoggettato ad imposta di registro, qualora a seguito di istanza di rimborso l'ente impositore abbia erroneamente concesso alla cessionaria la restituzione della maggior IVA pagata alla cedente provvedendo solo successivamente al recupero della detrazione (Nel caso di specie, la contribuente risultava destinataria per l'anno d'imposta 2006 di un avviso di accertamento ai fini IVA, a seguito di contestazione di una detrazione indebitamente operata per Euro 250.000,00. La vicenda prende avvio dall'acquisto effettuato ad opera della contribuente di un immobile presso un soggetto non residente, che nonostante la carenza del requisito soggettivo, assoggetta comunque l'operazione ai fini IVA. Successivamente l'ente impositore emetteva nei confronti del cedente l'avviso di liquidazione per il recupero dell'imposta di registro non versata. La cessionaria contribuente però, a seguito della detrazione originariamente operata, richiedeva e otteneva il rimborso dell'IVA. Resosi conto dell'errore, l'ente impositore emetteva poi nei confronti della stessa cessionaria l'avviso di accertamento ai fini IVA per il recupero della detrazione operata addebitando contestualmente, nonostante l'evidente errore procedurale, anche le sanzioni).

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. II, 27 marzo 2013 - Pres. e Rel. Cardino.

PROCESSO TRIBUTARIO - revocazione - art. 395 n. 3 c.p.c. - causa di forza maggiore - onere della prova - parte che agisce in revocazione - fattispecie - Agente della riscossione - notificazione - copia dell'avviso di ricevimento - ottenuto successivamente alla sentenza di II° grado - richiesta del duplicato a Poste Italiane -

anteriore alla sentenza di II° grado - necessità - dimostrazione - Agente della riscossione - incombenza.

Chi agisce in revocazione ai sensi dell'art. 395, n. 3, c.p.c., ha l'onere di dimostrare che, per causa di forza maggiore (o per fatto dell'avversario), non poté produrre nelle precedenti fasi di merito quel documento decisivo che solo nella fase revocatoria è stato possibile produrre. Nel caso in cui l'Agente della Riscossione abbia potuto produrre la ricevuta di ritorno di un plico notificato solo successivamente alla sentenza di II° grado, perché possa essere esperito il giudizio di revocazione e quindi utilizzato tale documento l'Agente della Riscossione deve dimostrare di aver richiesto a Poste Italiane ossia all'amministrazione che ha curato la scansione mancante della notificazione, un duplicato della stessa od una certificazione attestante l'aver avuto compimento della formalità prima della chiusura del giudizio di merito (fattispecie in cui era stata annullata un'iscrizione ipotecaria per mancato perfezionamento della notifica della precedente cartella di pagamento eseguita col rito degli "irreperibili" in quanto l'Agente della Riscossione non aveva prodotto l'avviso di ricevimento della raccomandata ex art. 140 c.p.c.; tale avviso è stato acquisito dall'Agente della Riscossione solo successivamente alla sentenza di II° grado ma il ricorso per revocazione è stato rigettato in quanto lo stesso Agente non ha dimostrato che aveva comunque fatto richiesta del duplicato dell'avviso di ricevimento prima della sentenza di II° grado).

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. II, 27 marzo 2013 - Pres. - Rel. Cardino.

PROCESSO TRIBUTARIO - morte del ricorrente - dichiarazione di interruzione del processo - eredi - istanza di trattazione - presentazione - onere - sei mesi - mancanza - conseguenze - estinzione del procedimento.

La morte del ricorrente comporta l'onere per i suoi eredi di presentare al presidente di sezione della Commissione istanza di trattazione entro sei mesi dalla data in cui è stata dichiarata l'interruzione del processo. La mancata tempestiva presentazione di tale istanza determina l'estinzione del giudizio da pronunciarsi con sentenza.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. IV, 11 febbraio 2013 - Pres. Haupt - Rel. Assandri.

PROCESSO TRIBUTARIO - irrogazione delle sanzioni per "lavoro nero" - ricorso - giurisdizione Commissioni Tributarie - insussistenza

Sussiste il difetto di giurisdizione del Giudice Tributario a favore del Giudice Ordinario con riferimento all'irrogazione di sanzioni, da parte dell'Amministrazione Finanziaria, per il c.d. "lavoro nero".

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. II, 4 aprile 2013 - Pres. Caputo - Rel. Morino.

PROCESSO TRIBUTARIO - appello - motivi specifici di impugnazione - mancanza - inammissibilità - esclusione.

IRPEF - accertamento - plusvalenza da cessione di immobile - determinazione del valore del bene ai fini dell'imposta di registro - sua applicazione anche ai fini dell'imposta sul reddito - legittimità - minor corrispettivo percepito dalla parte venditrice - onere della prova - incombenza.

Non è inammissibile l'appello privo di motivi specifici di impugnazione se i motivi dedotti nell'atto di gravame ripropongono, almeno in parte, quelli già formulati in primo grado. Infatti, nel processo tributario l'appello si sostanzia in una "revisio prioris instantiae" con la conseguenza che non è necessaria una censura approfondita della sentenza che si impugna essendo decisiva la riproposizione delle questioni che già furono poste all'esame del giudice di prima istanza e avversa le quali si interpone appello.

In assenza di disposizioni che stabiliscano differenti criteri valutativi, nel caso di cessione di un immobile l'Ufficio è legittimato ad avvalersi del valore accertato ai fini dell'imposta di registro per la determinazione della plusvalenza ai fini delle imposte sui redditi, incombando al contribuente l'onere di superare la presunzione di corrispondenza tra il prezzo incassato ed il valore di mercato accertato in via definitiva ai fini dell'imposta di registro, dimostrando di aver in concreto venduto ad un prezzo inferiore.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. X, 18 aprile 2013 - Pres. Loffredo - Rel. Piu - T.M. e altri c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale di Genova.

PROCESSO TRIBUTARIO - ricorso - credito IVA - maturato nella fase di liquidazione della società - estinzione della società - istanza di rimborso - ricorso - liquidatore - art. 2495 c.c. - carenza di poteri rappresentativi - inammissibilità.

IVA - credito - rimborso - errore nell'utilizzo del modello per la richiesta di rimborso - diritto al rimborso - preclusione.

È inammissibile il ricorso con il quale il liquidatore di una società estinta intenda ottenere la restituzione di un credito IVA sorto quando la società era ancora in liquidazione, in quanto, ai sensi dell'art. 2495 c.c., l'estinzione della società comporta anche la cessazione dell'incarico di liquidatore e, di riflesso, la perdita dei suoi poteri rappresentativi inclusa la possibilità di rilasciare la procura alle liti.

Il credito IVA maturato da una società in liquidazione (nella specie, nel 2006) poi successivamente cessata (nella specie, nel 2007) deve essere richiesto a rimborso utilizzando esclusivamente l'apposito modello disponibile al momento in cui è sorto il credito (ossia, nella specie, il modello VR disponibile nel 2006) e non il diverso modello impiegabile al tempo in cui la società è cessata.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova - sez. X, 18 aprile 2013 - Pres. Loffredo - Rel. Piu - Comune di Genova c. Agenzia delle Entrate - Direzione Provinciale di Genova.

TASSA SULLE CONCESSIONI GOVERNATIVE - in genere - fornitura di servizi di comunicazione elettronica - disciplina - regime autorizzatorio da parte della p.a. - persistenza - conseguenze - tassa di concessione governativa sugli abbonamenti telefonici cellulari - operatività - fondamento.

In tema di tassa sulle concessioni governative sugli abbonamenti telefonici cellulari, dal quadro normativo delineato dal Codice delle comunicazioni elettroniche emerge che l'attività di fornitura di servizi di comunicazione elettronica, pur caratterizzata da una maggiore libertà rispetto alla normativa precedente, resta co-

munque assoggettata ad un regime autorizzatorio da parte della Pubblica amministrazione, con la particolarità che il contratto di abbonamento con il gestore del servizio radiomobile si sostituisce alla licenza di stazione radio, e che tale permanente regime autorizzatorio, pur contrassegnato da maggiori spazi di libertà rispetto al passato, giustifica il mantenimento della tassa di concessione governativa prevista per l'utilizzo degli apparecchi di telefonia mobile, costituendo oggetto di tassazione, ai sensi dell'art. 21 della tariffa allegata al D.P.R. n. 641/1972, la "Licenza o documento sostitutivo per l'impiego di apparecchiature terminali per il servizio radiomobile pubblico terrestre di comunicazione". Tale conclusione è giustificata dal fatto che l'art. 160 del Codice delle comunicazioni elettroniche ha riprodotto esattamente il contenuto normativo dell'abrogato D.P.R. n. 156 del 1973, art. 318, che costituiva in precedenza il presupposto oggettivo della tassa di concessione governativa sulla telefonia mobile (la sentenza, uniformandosi alla sentenza della Cassazione n. 23052/2012 respinge il ricorso del Comune di Genova avverso il diniego implicito formatosi sull'istanza di rimborso per la tassa in questione).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. X, 18 aprile 2013 - Pres. Mignone - Rel. DelVigo, E. s.a.s. c. Comune di Genova

TRIBUTI LOCALI - ICI - rendita - attribuzione - effettuata anteriormente alla L. n. 342/2000 - notificazione - necessità - non sussiste.

TRIBUTI LOCALI - ICI - fabbricato - stato di inagibilità ed inutilizzabilità - riduzione del tributo - applicabilità - condizioni.

Ai fini ICI, gli atti attributivi e/o modificativi di rendita emessi anteriormente al 1° gennaio 2000 sono dotati di immediata operatività, anche se non notificati al contribuente: l'obbligo della loro notifica è stato infatti introdotto, a decorrere dall'indicata data, per effetto dell'art. 74, c. 1, L. n. 342/2000.

L'art. 8 del D.lgs. n. 504/92 prevede che l'ICI possa essere ridotta del 50% nel caso di fabbricati che siano dichiarati inagibili o inabitabili, e di fatto non utilizzati, purché l'inagibilità o l'inabitabilità siano accertate dall'Ufficio tecnico del Comune con perizia a carico del proprietario e con idonea documentazione, potendosi applicare l'agevolazione, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento ICI del Comune di Genova, solo dalla data di presentazione della relativa documentazione alla Direzione Tributi. Inoltre, i fabbricati devono essere in concreto non utilizzati, dovendosi intendere per "inagibilità" uno stato del fabbricato particolarmente grave ed evidente, non superabile con interventi di manutenzione né ordinaria né straordinaria (inagibilità che, nella specie, non è stata dimostrata dal contribuente).

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. II, 4 aprile 2013 - Pres. e Rel. Caputo.

TRIBUTI LOCALI - ICI - accertamento fondato sulla rettifica della rendita - mancata notifica della rendita - eccezione - ricorso - solo contro il Comune - Agenzia del Territorio - integrazione del contraddittorio - remissione della causa al Giudice di I° grado - necessità.

Devono essere rimessi al Giudice di I° grado gli atti affinché sia disposta l'integrazione del contraddittorio anche nei confronti dell'Agenzia del Territorio nel caso in cui il contribuente abbia impugnato l'accertamento con cui il Comune ha preteso la maggiore

ICI sulla base della maggiore rendita rettificata dall'Ufficio e di cui il contribuente abbia lamentato (in sede di ricorso) l'inesistenza della relativa notificazione.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. X, 18 aprile 2013 - Pres. Mignone - Rel. DelVigo - F.L. S.r.l. c. Amiu genova S.p.A. (Avv. Lovisolò).

TRIBUTI LOCALI - TIA - regolamento comunale - variazioni di elementi che incidono sulla tariffa - mutamento della destinazione dei locali - obbligo di denuncia - sessanta giorni dalla data dell'evento - sussistenza - denuncia tardivamente presentata - conseguenza - tariffa inferiore derivante dalla mutata destinazione dei locali - applicabilità - dal bimestre solare successivo all'intervenuta denuncia.

Ai sensi dell'art. 20 del Regolamento comunale che disciplina la TIA, le variazioni che incidono sulla determinazione della tariffa, quali la mutata destinazione dei locali occupati, deve essere dichiarata al Gestore del servizio nel termine di 60 giorni dalla data dell'evento. Per effetto dell'art. 6 dello stesso Regolamento, nel caso in cui tale variazione sia dichiarata oltre il termine di 60 giorni, essa, se comporta una diminuzione della tariffa, potrà trovare applicazione solo a partire dal bimestre solare successivo a quello in cui è stata presentata la denuncia di variazione (Nel caso di specie, il ricorrente variava nel 2006 la destinazione dei propri locali da supermercato a magazzino provvedendo a dichiarare tale variazione solo nel 2011; ai sensi delle indicate disposizioni regolamentari, il Gestore ha negato al ricorrente l'applicazione retroattiva della tariffa più bassa dovuta per i magazzini applicandola a partire dal bimestre solare successivo a quello in cui tale variazione è stata denunciata).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. X, 18 aprile 2013 - Pres. Mignone - Rel. DelVigo - L. S.r.l. c. Equitalia Nord S.p.A. (Avv. Calisi).

RISCOSSIONE - cartella di pagamento - notificazione - direttamente da parte dell'Agente della Riscossione - legittimità - sussiste - relata - mancata apposizione - mera irregolarità - inesistenza dell'atto - inconfigurabilità - proposizione del ricorso - sanatoria.

RISCOSSIONE - cartella di pagamento - calcolo degli interessi - omessa indicazione - vizio di motivazione dell'atto e dell'iscrizione a ruolo - inconfigurabilità.

È legittima, in quanto ammessa dall'art. 26 del d.p.r. n. 602/1973, la notifica della cartella di pagamento effettuata direttamente a mezzo posta dall'Agente della Riscossione: in tal caso, non è necessaria la compilazione della "relata di notifica", la cui mancanza determina una mera irregolarità e non l'inesistenza della notifica la quale sarà configurabile solamente nel caso in cui l'atto fosse stato notificato a persona ed in luogo assolutamente non riferibili al destinatario. In ogni caso, la proposizione del ricorso sana, per raggiungimento dello scopo della notifica dell'atto, qualsiasi vizio di quest'ultimo.

La mancata indicazione analitica del calcolo degli interessi non determina un vizio della cartella di pagamento e del ruolo in quanto tale indicazione non rientra né nel contenuto minimo della cartella di pagamento né tra gli elementi che ai sensi dell'art. 1 del D.m. n. 321/1999 devono necessariamente essere indicati nel ruolo.

Sezione di diritto penale

Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Chiavari, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 20 dicembre 2012 – Giudice Garofalo.

REATI del Codice della Strada – guida in stato di ebbrezza – sinistro stradale – bilanciamento di circostanze eterogenee – conversione della pena il lavoro di pubblica utilità.

La contestazione dell'aggravante ad effetto speciale di cui al comma IX bis dell'art. 186 C.d.S. non è ostativa alla sostituzione della pena con il lavoro di pubblica utilità qualora, a seguito di un giudizio di bilanciamento tra circostanze, la stessa soccomba rispetto alle attenuanti, nella specie le circostanze attenuanti generiche.

(...*Omissis*...) imputato del reato di cui all'art. 186 co. 2 lettera b) e co. 2 bis D. L.vo 30/04/1992 n° 285 perché guidava il veicolo targato XX000XX in stato di ebbrezza con un valore accertato di tasso alcolemico di gr. 0,82 per litro di sangue. Con l'aggravante di aver provocato un incidente stradale. All'udienza del 20/12/2012 le parti hanno così concluso: Il difensore si riporta ed insiste nell'istanza di applicazione della pena depositata in data 19/10/2012 e per la quale il P.M. ha espresso parere favorevole in data 23/10/2012. Deposita procura speciale e in rettifica all'istanza di patteggiamento già depositata agli atti e chiede la conversione della pena finale di 20 gg. di arresto e euro 1.600,00 di ammenda con la corrispondente richiesta di lavori di pubblica utilità (...*omissis*...) Il difensore precisa che dall'abitazione dell'imputato al luogo ove avvenuto il sinistro distano poche centinaia di metri.

Motivi della decisione.

Rilevato che in relazione al reato ascritto l'imputato ha formulato, con il consenso del P.M., istanza di applicazione di pena ex art. 444 c.p.p. giorni 20 di arresto ed € 1600,00 di ammenda convertita in lavori socialmente utili, sospensione della patente di guida per mesi 7, concessione della sospensione condizionale della pena in tal modo determinata: pena base giorni 30 di arresto ed € 2400 di ammenda, con circostanze attenuanti generiche ritenute equivalenti alla contestata aggravante del sinistro stradale diminuita per il rito a giorni 20 di arresto ed € 1600,00 di ammenda convertita in 52 ore di lavori socialmente utili;

- preso atto della disponibilità dell'ente Centro Benedetto Acquarone – Villaggio del Ragazzo di Chiavari a consentire lo svolgimento a titolo gratuito da parte dell'imputato dei lavori socialmente utili nell'ambito delle attività svolte dal predetto ente;
- preso atto a tal riguardo, del consenso del P.M.,
- rilevato che non sussistono le condizioni per dar luogo ad una pronuncia ex art. 129 c.p.p., alla luce di quanto emerso dagli atti del procedimento in particolare dalle CNR della PG operante, e relativi allegati, in particolare dagli accertamenti relativi all'assunzione di sostanze alcoliche, test dell'etilometro, a cui si rimanda integralmente;
- ritenuta corretta la qualificazione giuridica del fatto di cui

all'imputazione e l'applicazione e comparazione delle circostanze prospettate dalle parti, nonché la congruità della pena richiesta, tenuto conto che, con riferimento all'applicazione delle circostanze attenuanti generiche che le stesse sono applicabili in virtù dell'incensuratezza, e del comportamento collaborativo e disponibile dell'imputato al momento degli accertamenti e successivamente, come dimostrato dalla volontà di prestare volontariamente ed a titolo gratuito lavori in favore della collettività, a dimostrazione della resipiscenza per il reato commesso;

- ritenuto che la contestata aggravante del sinistro stradale non è di ostacolo alla sostituzione della pena da applicare con quella dei lavori di pubblica utilità, atteso che l'inciso previsto dall'art. 186 co. 9 bis c.d.s., secondo il quale la sostituzione si applica "al di fuori dei casi previsti dal comma 2 bis" (che si riferisce alla fatti aggravati dall'incidente stradale) deve intendersi nel senso che la sostituzione deve essere esclusa non quando si verifica *tout court* un incidente stradale, ma quando si ritenga di applicare la relativa aggravante, a cui il comma 2 bis fa riferimento; sicché, come verificatosi nel caso in questione, nell'ipotesi in cui l'efficacia di tale aggravante venga elisa grazie all'applicazione delle circostanze attenuanti generiche, è evidente che l'ostacolo alla possibilità di sostituire la sanzione da applicare con lavori di pubblica utilità viene a cadere; una tale interpretazione è conforme al principio secondo il quale il giudice gradua l'entità della pena da comminare grazie all'applicazione delle circostanze sulla base del giudizio di bilanciamento, tenuto conto della gravità in concreto del fatto; sicché la possibilità di non applicare la circostanza del sinistro stradale esplica i propri effetti ad ampio raggio, non solo con riferimento all'entità della pena, ma anche per quel che concerne la possibilità di sostituirla con quella dei lavori di pubblica utilità; nel caso in questione l'incidente stradale è consistito in una collisione del veicolo con una colonnina di proprietà di "Italgas" posta sul margine sinistro della carreggiata, senza alcun danno alle persone, trattandosi pertanto di un fatto di particolare tenuità che, stante l'applicabilità delle circostanze attenuanti generiche, consente di ritenere quest'ultime equivalenti all'aggravante del sinistro stradale, che cessa quindi di essere d'ostacolo sostituibilità della pena da infliggere con i lavori di pubblica utilità;

- ritenuto che può trovare ingresso, l'istanza di cui innanzi e, pertanto, va applicata, ex art. 444 c.p.p., la pena nei confronti dell'imputata così come concordata dalle parti

P.Q.M.

Visti gli artt. 444 ss c.p.p. e 186 co. 9 bis c.d.s. applica all'imputato, col consenso delle parti, per il reato allo stesso ascritto la pena di giorni 20 di arresto ed € 1600,00 di ammenda, convertita in 27 giorni di lavori socialmente utili presso l'ente Centro Benedetto Acquarone Villaggio del Ragazzo di Chiavari - per 2 ore al giorno, nelle giornate anche non consecutive, sulla base degli orari, disposizioni e direttive, stabiliti dall'ente medesimo, salvo il maggior orario giornaliero convenuto con l'ente (fino ad 8 ore al giorno) da computarsi in ogni caso nel complessivo ammontare di 52

ore di lavoro di pubblica utilità da svolgere (26 x 2h); applica all'imputato la sanzione accessoria della sospensione della patente di guida per mesi 7

(... *Omissis*...)

Tribunale di Genova, 14 febbraio 2013 – Giudice Pastorini.

REATI del Codice della Strada – guida in stato di ebbrezza – aggravante dell'aver provocato incidente stradale – mera caduta dal proprio veicolo – esclusione.

(Art. 186 commi 2 bis, 9 bis C.d.S.)

Deve ritenersi esclusa l'aggravante di aver provocato un incidente in quanto detto evento, secondo la comune dizione, non può essere riferito alla mera caduta dal proprio veicolo, ma necessita il verificarsi di un danno ad un soggetto terzo, sia pure detto danno limitato a delle cose o, comunque, il coinvolgimento di un soggetto terzo, sia pure quale proprietario della cosa coinvolta nell'incidente; solo in tal senso può verificarsi la situazione di aver provocato un incidente. (Dagli accertamenti esperiti è risultato che l'imputato cadde da solo dal motoveicolo senza urtare o causare danni a persone o cose).

(... *Omissis*...)

Imputato del reato di cui all'art. 186 co. 2 lett. c), co. 2 bis e co. 2 sexies D.Lvo 285/ 92 perché guidava in stato di ebbrezza con un valore accertato di tasso alcolemico di gr. 2,18 per litro di sangue. Con l'aggravante di aver provocato un incidente stradale e dell'ora notturna.

Conclusioni

Il Pubblico Ministero chiede: la condanna a mesi 6 di arresto ed euro 200 di ammenda, sospensione della patente per anni 2.

Il difensore dell'imputato chiede: convertire la pena erogata in lavori di pubblica utilità, pena contenuta nei minimi editali, sospensione condizionale della pena.

Considerato in fatto e in diritto

Disposta la citazione a giudizio a seguito di opposizione a decreto penale di condanna, al dibattimento, sono stati escussi i testi indicati ed acquisiti documenti in atti; quindi, udita la discussione orale, sulle conclusioni di cui in epigrafe, il giudice decideva come da dispositivo di cui dava lettura. Sulla base degli elementi acquisiti deve essere affermata la penale responsabilità dell'imputato per il reato a lui ascritto in quanto si trovava alla guida del proprio motoveicolo, alle ore 3,45 e, comunque, in orario notturno ed è risultato il tasso alcolemico di cui all'imputazione. Dagli accertamenti esperiti è risultato che l'imputato cadde da solo dal veicolo senza urtare o causare danni a persone o cose. Deve, conseguentemente escludersi l'aggravante di avere provocato l'incidente in quanto detto evento, secondo la comune dizione, non può essere riferita alla mera caduta dal proprio veicolo, ma necessita il verificarsi di un danno ad un soggetto terzo, sia pure detto danno limitato a delle cose o comunque, il coinvolgimento di un soggetto terzo, sia pure quale proprietario della cosa coinvolta nell'incidente; solo in tal senso può ritenersi che possa letteralmente verificarsi la situazione di aver provocato un incidente. Tenuto conto dell'entità del fatto e della personalità dell'imputato che non risulta avere precedenti penali, stimasi pena equa quella di mesi sei di arre-

sto ed euro 4.500,00 di ammenda (p.b. euro 3.000,00 di ammenda aumentata per l'aggravante di cui al comma 2 sexies). Alla condanna segue la sanzione accessoria della sospensione della patente di guida che si indica nella durata di anni due. L'imputato ha chiesto di essere ammesso alla sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità presentando idonea documentazione relativa all'istituzione presso cui prestare detta attività. Riguardo alla situazione soggettiva dell'imputato, questi non ha già fruito in precedenza del beneficio in esame e la condotta illecita a lui contestata non è aggravata dalla circostanza - preclusiva rispetto all'applicazione della sanzione sostitutiva richiesta - di avere provocato un incidente stradale. Ricorrono nel caso di specie, sotto il profilo oggettivo, i requisiti previsti dal citato art. 2 D.M. 26.3.2001 per la stipula di una delle menzionate convenzioni, da considerare - in mancanza della stessa - quali presupposti di ammissibilità della richiesta di applicazione del lavoro di pubblica utilità qui concretamente formulata dalle parti, atteso che nella dichiarazione rilasciata come in atti dal direttore della struttura di riferimento risultano indicate con sufficiente dettaglio: a) le caratteristiche delle mansioni alle quali l'imputato sarebbe adibito (accompagnatore di persone non deambulanti o con difficoltà di deambulazione), b) l'identità del soggetto incaricato di coordinare la prestazione lavorativa del prevenuto e di impartirgli le relative istruzioni; c) l'indicazione della copertura assicurativa dell'imputato - a spese della struttura interessata. Non pare, per contro, necessaria alcuna particolare indicazione riguardo al sistema di rilevamento delle presenze dell'imputato presso la struttura nel corso dello svolgimento della prestazione, atteso che l'art. 6 del citato D.M. 26.3.2001 impone al responsabile dell'ente di riferimento di redigere - e inviare al giudice - una relazione che documenti e attesti, sotto le comminatorie previste dalla legge per le false dichiarazioni in atto pubblico, l'assolvimento da parte del medesimo prevenuto degli obblighi inerenti al lavoro da lui svolto.

La dichiarazione di disponibilità in arti contiene la specifica indicazione delle giornate (Lunedì, Martedì, Mercoledì, Venerdì di ogni settimana) e degli orari (dalle 14,30 alle 18,00 - nei giorni di Lunedì, Martedì, Mercoledì e dalle ore 9,30 alle 12,30 nel giorno di Venerdì) in cui la concordata prestazione di pubblica utilità sarà articolata, in termini pienamente compatibili con il disposto di cui all'art. 54 D. Lgs. 274/2000; la sanzione sostitutiva viene indicata in giorni 198 di lavori di pubblica utilità giusto il criterio di conversione di cui al combinato disposto di cui agli artt. 54 D.Lgs. 274/2000 e 186, co. 9-bis, C.d.S.).

In assenza di una precisa e specifica indicazione, non si può affermare che il legislatore abbia previsto l'immediata esecutività della sentenza laddove ratifichi l'accordo delle parti riguardo alla richiesta sostituzione della pena con il lavoro di pubblica utilità. Non pare sufficiente a supportare tale tesi, l'inciso secondo cui, in caso di violazione degli obblighi concessi allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, a disporre la revoca della pena sostitutiva possano essere alternativamente "il giudice che procede o il giudice dell'esecuzione"; l'accenno alla potenziale competenza del giudice "che procede", difatti, non è per nulla univoco nel giustificare una possibile esecutività della sentenza in esame, ben potendo trovare una spiegazione - in un'ottica sistematica - nel rilievo che, a seguito di eventuali ulteriori condanne o di un provvedimento di cumulo di pene concorrenti, il giudice dell'esecuzione, determinato a norma dell'art. 665 c.p.p., può essere diverso da quello che abbia provveduto all'applicazione

della sanzione sostitutiva da revocare: sicché la competenza alternativa starebbe solo a significare che il ripristino dell'originaria sanzione detentiva e pecuniaria può essere pronunciato, a prescindere da ogni specifica competenza quale giudice dell'esecuzione, anche dal giudice "che procede" - *rectius*, "che ha proceduto" - all'applicazione del lavoro di pubblica utilità. Una conferma della fondatezza di tale impostazione si ricava dal rilievo che anche il "giudice che procede" dovrebbe, in ogni caso, pronunciarsi nelle forme dell'incidente di esecuzione previste dall'art. 666 c.p.p.: ciò che non avrebbe senso, se la concreta espiazione del lavoro di pubblica utilità potesse precedere l'irrevocabilità del provvedimento giudiziario che l'ha disposto. Né vale addurre che, per tale via, l'imputato si troverebbe esposto all'iscrizione del decreto o della sentenza sul certificato del casellario giudiziale, laddove lo svolgimento positivo del lavoro di pubblica utilità comporta la dichiarazione di estinzione del reato sottratta a quella iscrizione; non va tralasciato, difatti, che il beneficio in esame può essere concesso soltanto una volta sicché l'annotazione sul certificato del casellario giudiziale dell'intero procedimento in cui si è articolata la risposta giudiziaria dello Stato - nel caso che ne occupa costituito dalla sentenza di applicazione della pena, dall'eventuale svolgimento positivo del lavoro di pubblica utilità e della conseguente dichiarazione di estinzione del reato, con i connessi provvedimenti in punto di sospensione della patente di guida e confisca del veicolo - rappresenta la "traccia" giudiziaria dell'accaduto, indispensabile ad evitare che il medesimo imputato possa riottenere il beneficio, in frode alla legge, nel caso in cui commetta una nuova, analoga violazione di legge;

Da ultimo, va riservata all'esito della trasmissione - da parte del responsabile della struttura - della menzionata relazione riflettente l'assolvimento degli obblighi inerenti al lavoro svolto dall'imputato la fissazione della "nuova udienza" prevista dall'art. 186, co. 9-bis C.d.S. ai fini dell'eventuale declaratoria di estinzione del reato e del connesso provvedimento riguardo alla sospensione della patente di guida.

P.Q.M.

visto l'art. 533 c.p.p. dichiara l'imputato colpevole del reato a lui ascritto e lo condanna, esclusa l'aggravante di cui al comma 2 bis, alla pena di euro 4.500,00 di ammenda e mesi sei di arresto oltre al pagamento delle spese processuali; dispone la sostituzione delle pene inflitte con la corrispondente sanzione di giorni 198 di lavoro di pubblica utilità presso Arcat Liguria; determina l'orario di svolgimento della prestazione dalle ore 14,30 alle ore 18,00 nei giorni dal Lunedì, Martedì, Mercoledì e dalle ore 9,30 alle ore 12,30 nel giorno di Venerdì; incarica la Stazione dei Carabinieri competente per territorio ai fini del controllo sull'osservanza degli obblighi connessi al lavoro di pubblica utilità; dispone che il responsabile nominato, terminata l'esecuzione della sanzione sostitutiva, rediga ed invii a questo giudice una relazione che documenti l'assolvimento degli obblighi al lavoro svolto dall'imputato, riservando all'esito, la fissazione dell'udienza prevista per la dichiarazione di estinzione del reato; applica all'imputato la sanzione accessoria della sospensione della patente di guida per la durata di anni due.

Massime

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 17 aprile 2012 – Giudice Baldini.

ARMI – armi clandestine – insussistenza.

(Art. 23 L. 110/1975)

Al fine di configurare i delitti di detenzione e porto di arma clandestina, previsti e puniti dall'art. 23 L. 110/1975, occorre avere la prova in capo al soggetto agente anche dell'elemento psicologico tipico della fattispecie criminosa, vale a dire la piena consapevolezza di detenere (e portare in luogo pubblico) un'arma clandestina.

(Fattispecie nella quale l'imputato è andato assolto dal reato contestato per la mancanza della necessaria consapevolezza circa la clandestinità in ragione della presenza sull'arma in suo possesso, risultata poi clandestina, del numero di matricola in bella evidenza sulla canna, che costituisce il principale e più evidente dei segni distintivi che devono essere presenti su un'arma regolare).

M. CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 17 aprile 2012 – Giudice Baldini.

CIRCOSTANZE del reato – recidiva – delitti di cui all'art. 407, comma 2, lettera a) del c.p.p. – obbligatorietà – recidiva semplice – recidiva aggravata – recidiva pluriaggravata – recidiva reiterata – facoltatività.

(Art. 99 c.p.)

Contrariamente a quanto parrebbe evincersi dal tenore letterale dell'art. 99 c.p., la previsione dell'obbligatorietà dell'aumento di pena per la recidiva deve ritenersi limitata all'ipotesi di recidiva di cui al comma 5 dello stesso articolo (recidiva concernente i gravi delitti di cui all'art. 407, comma 2, lettera a) del c.p.p.), mentre l'applicazione della recidiva è rimasta una facoltà del giudice in tutti gli altri casi previsti dalla norma (recidiva semplice: comma 1; recidiva aggravata: comma 2; recidiva pluriaggravata: comma 3; recidiva reiterata: comma 4), limitandosi la formulazione letterale di questa non a stabilire l'obbligatorietà della sottoposizione ad aumento di pena, quanto piuttosto la misura dell'aumento medesimo.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 12 luglio 2012 – Giudice Cusatti.

CONTRAVVENZIONI di polizia – inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità – invito a presentarsi presso un ufficio di P.S. – espulsione dal territorio nazionale – fatto non previsto dalla legge come reato – improcedibilità dell'azione penale.

(Artt. 650 c.p. e 129 c.p.p.)

Non risponde del reato previsto dall'art. 650 c.p. lo straniero che non ottemperi all'invito a presentarsi presso un ufficio di P.S. ai fini dell'espulsione dal territorio nazionale, in quanto l'ordine di allontanamento del Questore e la relativa sequenza procedimen-

tale stabilita dall'art. 14 del D. Lgs. n. 286 del 1998, non possono essere validamente surrogati da altri atti. Deve, pertanto, rendersi immediata declaratoria di non doversi procedere nei confronti dell'imputato perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 11 aprile 2012 – Giudice Orsini.

DELITTI contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone – rapina – circostanza aggravante delle più persone riunite – presenza di due persone – sufficienza.

CIRCOSTANZE attenuanti – circostanza attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità – valutazione complessiva del pregiudizio subito – necessità.

CIRCOSTANZE attenuanti – circostanza attenuante del risarcimento del danno con riferimento al delitto di rapina – volontaria, reale e concreta elisione del pregiudizio economico recato al danneggiato – necessità – effetti restitutori verificatisi indipendentemente dalla volontà del reo – esclusione.

(Art. 628, comma 3, n. 1; art. 62, n. 4 e n. 6 c.p.)

L'espressione "più persone" di cui all'art. 628, comma 3, n. 1, c.p., esprime, senza alcuna possibilità di dubbio il concetto di pluralità, che sussiste anche nel caso della presenza di due persone soltanto, mentre l'ulteriore specificazione secondo cui deve trattarsi di più persone "riunite" non intende fare riferimento alla necessità di un maggior numero di partecipanti, bensì all'esigenza della simultanea presenza dei partecipanti e ciò in quanto la ragione dell'aggravamento della pena non deriva dalla maggior pericolosità insita nella compartecipazione di più soggetti nel medesimo reato, ma dal maggiore effetto intimidatorio che la presenza di più persone esercita sull'animo e sulla volontà della vittima; è infatti necessaria e sufficiente, perché si realizzino siffatti effetti fisici e psicologici sulla vittima, la effettiva simultanea presenza di non meno di due persone nel luogo e nel momento del fatto, presenza che quindi integra l'aggravamento della violenza o minaccia commessa da "più persone riunite".

Per la concessione della circostanza attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità, con riferimento al delitto di rapina, non è sufficiente che il bene mobile sottratto sia di modestissimo valore economico, ma occorre valutare anche gli effetti dannosi connessi alla lesione della persona contro la quale è stata esercitata la minaccia, atteso che il delitto in questione ha natura di reato plurioffensivo perché lede non solo il patrimonio, ma anche la libertà e l'integrità fisica e morale, che vengono aggredite per la realizzazione del profitto.

In ragione di ciò, solo ove la valutazione complessiva del pregiudizio sia di speciale tenuità, può farsi luogo all'applicazione dell'attenuante.

(Il Giudice, nel caso concreto, ha escluso l'applicazione della circostanza attenuante ritenendo di elevata gravità, con riferimento all'aggressione alla libertà e all'integrità fisica della persona of-

fesa, la condotta posta in essere dagli imputati consistita nell'aver assalito un passante, il quale si era trovato così, inaspettatamente, in completa balia della violenza fisica di due sconosciuti).

Affinché possa essere concessa la circostanza attenuante del risarcimento del danno è necessario che il risarcimento, oltre che volontario, integrale e antecedente al giudizio di primo grado, sia anche effettivo, nel senso che deve consistere in una reale e concreta elisione del pregiudizio economico arrecato dal reato. In particolare, è stato precisato che, qualora il rimedio alla lesione patrimoniale si presenti congiuntamente come restituzione e risarcimento, la circostanza in questione sia configurabile soltanto quando gli effetti ripristinatori e risarcitori, oltre che effettivi e integrali, siano entrambi riconducibili alla volontà del colpevole. Tale volontà deve essere diretta al conseguimento degli indicati effetti, in quanto l'attenuante in esame è di natura soggettiva e trova la sua giustificazione preminente nell'avvenuto ravvedimento del reo.

Non può pertanto essere ravvisata l'esistenza dell'attenuante in caso di abbandono della refurtiva o di recupero da parte del derubato o di terzi o della Polizia, poiché, in questi casi, gli effetti restitutori si sono verificati indipendentemente dalla volontà del reo.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 27 settembre 2012 – Giudice Baldini.

DELITTI contro l'amministrazione della giustizia – delitti contro l'attività giudiziaria – calunnia – consapevolezza della assoluta innocenza dell'incolpato – necessità.

(Art. 368 c.p.)

Qualora la condotta del soggetto agente non sia sorretta dalla consapevolezza della falsità delle accuse e della assoluta innocenza di coloro che vengono incolpati, difettando l'elemento soggettivo del reato, il delitto di calunnia non sarà configurabile.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 21 settembre 2012 – Giudice Petri.

DELITTI contro l'economia – commercializzazione di prodotti industriali ed agricoli con indicazione di origine e provenienza falsa – insussistenza.

(Art. 4 c. 49 L. 350/03)

Non sussiste la responsabilità ai sensi dell'art. 4 c. 49 L. 350/03 allorché i prodotti industriali, sia pure importati da altri paesi, rechino cartellini ed etichette attestanti la loro provenienza dal reale produttore italiano, a nulla rilevando che il luogo della materiale fabbricazione si trovi in altro paese. Per vero, il reato è astrattamente configurabile solo quando, oltre al proprio marchio o alla indicazione della località in cui ha sede la sua ditta, l'imprenditore apponga anche una dicitura con cui attesti espressamente che il prodotto è stato fabbricato in Italia o comunque in un paese diverso da quello di effettiva fabbricazione. Solo quando sul prodotto sia apposta la specifica identificazione del suo luogo di produzione e questo sia falso alla stregua dei criteri indicati dal Codice doganale europeo, si avrà il reato; non è invece sufficiente l'indicazione di un marchio, o del nome della ditta o dell'impresa, o anche della località in cui ha sede l'impresa o simili indicazioni, quando non sia specificato che il prodotto è fabbricato in Italia o

in un altro determinato paese, né sono sufficienti indicazioni pubblicitarie che si riferiscono all'impresa e non al luogo di produzione.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 28 maggio 2012 – Giudice Orsini.

DELITTI contro la persona – omicidio colposo – colpa medica – cooperazione multidisciplinare – nesso di causalità.

(Art. 589 c.p.)

Nell'ipotesi di lavoro medico in equipe e, più in generale, di cooperazione multidisciplinare nell'attività medico-chirurgica, anche se svolta non contestualmente, la verifica circa la sussistenza del nesso causale tra le singole condotte poste in essere da ciascun sanitario, in violazione delle regole cautelari che si assumono inosservate e la morte del paziente deve essere particolarmente attenta. La delicatezza del tema discende dalla necessità di contemperare il principio di affidamento – in forza del quale il titolare di una posizione di garanzia, come tale giuridicamente tenuto ad impedire la verifica di un evento dannoso, può andare assente da responsabilità quando questo possa ricondursi alla condotta esclusiva di altri, contitolare di una posizione di garanzia, sulla correttezza del cui operato il primo abbia fatto legittimo affidamento – con l'obbligo di garanzia verso il paziente che è a carico del sanitario (di tutti i sanitari che partecipano contestualmente o successivamente all'intervento terapeutico). Nell'ambito dell'attività medica, proprio il principio di affidamento consente all'evidenza di confermare l'obbligo di diligenza del singolo sanitario entro limiti compatibili con l'esigenza del carattere personale della responsabilità penale, sancito dall'art. 27 Cost.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 7 maggio 2012 – Giudice Borzone.

DELITTI contro la Pubblica Amministrazione – esercizio abusivo della professione – sussistenza.

(Art. 348 c.p.)

Commette il delitto di esercizio abusivo della professione il Medico-Chirurgo non specializzato in chirurgia estetica e/o in chirurgia generale il quale effettui interventi di mastoplastica additiva con protesi di silicone in gel a nulla rilevando la circostanza che questi abbia frequentato svariati corsi sul punto all'evidenza non abilitativi allo svolgimento di tali interventi per la normativa italiana.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 2 luglio 2012 – Giudice Borzone.

DELITTI contro l'ordine pubblico – associazione per delinquere – conoscenza reciproca degli affiliati – non delinquenza – consapevolezza dell'esistenza di altri associati – necessità.

(Art. 416 c.p.)

Il delitto di associazione per delinquere può ritenersi configurabile anche qualora il singolo associato non conosca taluni degli

altri componenti del sodalizio criminoso; è però necessario che lo stesso sia quanto meno consapevole della loro esistenza, in vista della realizzazione di un comune programma delinquenziale.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 4 aprile 2012 – Giudice Borzone.

OMESSO versamento di ritenute previdenziali e assistenziali – possibilità effettiva di fruire della causa di non punibilità di cui all'art. 2, comma 1 bis della legge 638/83 – necessità – invio dell'accertamento presso la sede della ditta – idoneità.

(Art. 2 D.L. n. 463/1983)

In tema di omesso versamento di ritenute previdenziali e assistenziali, la Corte di Cassazione, con sentenza a Sezioni Unite (n. 1855/2012), ha affermato che l'interessato deve essere messo in condizione di fruire della specifica causa di non punibilità disposta dall'art. 2, comma 1 bis della legge 638/83, prevedendo, prima dell'invio della notizia criminis, un meccanismo costituito dalla contestazione o notifica dell'accertamento della violazione, finalizzato ad agevolare la definizione del contenzioso in sede amministrativa.

In caso di irritualità della notifica di detto avviso, l'interessato dovrà essere posto in condizione di eseguire il versamento e di beneficiare della causa di non punibilità.

Nessuna irregolarità potrà però ravvisarsi, nel caso in cui l'accertamento sia stato correttamente inviato presso la sede della ditta, anche se lo stesso non sia stato indirizzato al legale rappresentante imputato né da quest'ultimo ritirato personalmente.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 10 luglio 2012 – Giudice Petri.

PATROCINIO a spese dello Stato – omessa comunicazione delle variazioni di reddito – reato di falsità od omissioni nelle dichiarazioni sostitutive di certificazione – configurabilità – processi nei quali gli interessi del richiedente sono in conflitto con quelli degli altri componenti il nucleo familiare con lui conviventi – rilevanza del solo reddito personale

(Artt. 125; 79, comma 1, lett. d), D.P.R. 115/2002)

Nei processi nei quali gli interessi del richiedente il beneficio sono in conflitto con quelli degli altri componenti il nucleo familiare con lui conviventi, al fine della determinazione del reddito imponibile rilevante per l'ammissione al beneficio del patrocinio a spese dello Stato, si tiene conto del solo reddito personale.

La norma trova applicazione quando sussiste un conflitto di interesse con uno qualunque dei membri del nucleo familiare: non può infatti presumersi, in tali casi, che l'una piuttosto che l'altra delle parti benefici del reddito dei familiari conviventi.

(Nel caso concreto il contenzioso aveva ad oggetto la separazione giudiziale dei coniugi e lo sfioramento del limite di reddito rilevante per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato era determinato dai redditi dei figli conviventi; il Giudice, pertanto, in applicazione della regola di cui all'art. 76, comma 4, D.P.R. 115/2002, ha escluso la configurabilità del reato).

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 12 giugno 2012 – Giudice Bossi

REATI contro la famiglia – maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli – elemento psicologico – frequenza degli atti di maltrattamento – reazioni della persona offesa – dolo generico – sussistenza.

(Art. 572 c.p.)

CIRCOSTANZE del reato – attenuanti generiche – documentata problematicità delle condizioni di vita familiare – giovane età – recidiva – aggravante del fatto commesso in edificio o in altro luogo destinato in tutto o in parte a privata dimora – equivalenza.

(Artt. 62 bis, 69, 99, 629, c. 2, c.p.)

Sotto il profilo dell'elemento psicologico, va evidenziato come non sia richiesto il fine di maltrattare e umiliare la persona offesa, essendo sufficiente la consapevolezza e la volontà di commettere una serie abituale di fatti lesivi dell'integrità fisica e morale della persona offesa in modo abituale. Nel caso di specie, la frequenza degli atti di maltrattamento e le reazioni da essi suscitate dalla persona offesa (il dover ricorrere alle cure mediche ovvero il dover richiedere l'intervento dei carabinieri), sono circostanze che dimostrano la sussistenza del dolo generico richiesto dall'art. 572 c.p.

Nonostante il negativo comportamento processuale dell'imputato e le reiterate violazioni delle prescrizioni derivanti dalle misure cautelari, possono essere concesse all'imputato, in considerazione sia della documentata problematicità delle sue condizioni di vita familiare, sia della sua giovane età, le attenuanti generiche con giudizio di equivalenza rispetto alla recidiva e all'aggravante del fatto commesso in edificio o in altro luogo destinato in tutto o in parte a privata dimora.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 22 ottobre 2012 – Giudice Fucigna.

REATI contro la persona – pornografia minorile – elemento soggettivo – coscienza e volontà di condividere – sussistenza.

(Art. 600 ter, c. 3, c.p.)

REATO complesso – detenzione di materiale pedopornografico – pornografia minorile – diffusione di materiale pedopornografico – antefatto non punibile – clausola di riserva – assorbimento.

(Artt. 84, 600 ter, c. 3, e 600 quater c.p.)

Si deve osservare che l'art. 600 ter, c. 3, c.p., non richiede la sussistenza di un dolo specifico, ma è sufficiente la coscienza e volontà di condividere; è cioè sufficiente un'attività propedeutica alla vendita e quindi alla diffusione del materiale pedopornografico.

La detenzione del materiale pedopornografico, in caso di diffusione dello stesso, è parte integrante e quindi antefatto non punibile della successiva diffusione. Deve anche sottolinearsi che nell'art. 600 quater c.p. vi è un'espressa clausola di riserva; la norma, infatti, così recita "Chiunque, al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 600 ter, consapevolmente si procura o detiene ...". E' quindi evidente che il reato di detenzione di materiale pedopornografico deve ritenersi assorbito dal reato di pornografia minorile.

PA.PITT.

Documenti

Molto rumore per nulla: a proposito della vicenda 'Multipurpose'

Michele Marchesiello

Magistrato

Sommario: 1. *'Much ado about nothing'*. - 2. *Due sentenze.* - 3. *Il quadro normativo di riferimento.* - 4. *La questione dell'art. 353 c.p.: c'è stata un'asta, e - se si - ne è stato impedito o turbato il libero svolgimento?* - 5. *Conclusioni.*

1. *'Much ado about nothing'*.

'Molto rumore per nulla'. Prendendo spunto dal titolo della commedia scespiriana, questo potrebbe essere l'epitaffio con cui la Suprema Corte di Cassazione, in ogni caso, porrà fine alla tormentata vicenda *'Multipurpose'*.

Sia che confermi la monumentale sentenza della Corte d'Appello di Genova, sia che la riformi in parte, annullandone gli effetti penali, ormai 'residuali' rispetto alla pronuncia di primo grado, non può sfuggire all'osservatore disincantato la sproporzione tra il 'rumore' provocato dall'inchiesta condotta a tutto raggio della procura genovese nei confronti dell'assegnazione dell'area portuale denominata *'Multipurpose'*, e le conseguenze effettive di quell'inchiesta: sul piano giudiziario ma anche sullo stato reale delle cose e dei rapporti di potere all'interno dello scalo genovese.

Per alcuni anni quel Porto - immensa e immensamente complicata macchina produttiva - è stato condizionato, se non tenuto in scacco, da un'*équipe* di magistrati e investigatori muniti - allo stesso tempo - di lenti di ingrandimento implacabili e, all'opposto, di lenti capaci di ridurre a dimensioni irrilevanti i conflitti, le intese, gli inevitabili compromessi tra le forze economiche e politiche che in quel Porto, da sempre, sono chiamate a misurarsi e confrontarsi, a volte giustificando l'appellativo di 'striscia di Gaza'.

Questa curiosa attitudine, ha fatto sì che agli occhi degli investigatori l'irregolarità di una baracca di pescatori eretta sul demanio marittimo non fosse troppo diversa dal faticoso e precario equilibrio raggiunto nell'assegnazione di una delle più importanti e appetite aree del porto genovese.

Il percorso seguito dall'Autorità Portuale e segnatamente dal suo presidente 'pro tempore', Giovanni Novi, è - si può dire - caduto sotto l'osservazione di questa lente che ha letto i comportamenti dei protagonisti - tutte le volte che essi potevano configurare un illecito amministrativo - in termini inesorabilmente penalistici: in particolare quelli disegnati dall'articolo 353 del Codice Penale, che rappresenta il fulcro, ma insieme il punto critico, di tutta l'inchiesta.

L'articolo 353 c.p., come è noto, si colloca tra i *'delitti dei privati contro la pubblica amministrazione'*: esso disegna quindi, per sua natura, un reato che vede il soggetto privato nella condizione di autore necessitato, ancorché si avvalga, per il raggiungimento dei propri scopi delittuosi, del concorso di pubblici amministratori, funzionari e agenti. Reato tipicamente 'di privati', dunque, che - per qualunque fine, più o meno apprezzabile - si propongono di *'impedire o turbare la*

gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni ovvero ne allontan(ino) gli offerenti'. Questo risultato impeditivo o distorsivo dev'essere perseguito dal privato mediante il ricorso a violenza, minaccia, ovvero mediante *'doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti'*. Nella vicenda *'Multipurpose'* questo reato costituisce, si può dire, il tronco su cui si regge l'impalcatura dell'albero accusatorio. *'Simul cadunt, simul stabunt'*, come direbbe il giurista. Cadute le imputazioni di concussione, falso e truffa, fatica a reggersi quella di turbativa. Caduta l'imputazione di cui all'art. 353 c.p., vengono privati della loro funzione e del loro senso anche tutti gli addebiti accessori e ad essa strumentali, quanto meno sotto il profilo soggettivo. A che pro minacciare, falsificare, esercitare violenze, blandire i pubblici funzionari, ricorrere ad *'artifici o raggiri'*, se vengono meno le condizioni oggettive fondamentali: l'esistenza di una gara (o licitazione privata per conto di una P.A.) e l'intenzione di impedirne o distorcerne lo svolgimento e i risultati?

2. *Due sentenze.*

Più che giustificato, dunque, è stato lo sforzo compiuto dai giudici - quelli di primo come quelli di secondo grado - per tenere in vita (anche se, nel caso del giudizio di appello, si è trattato di una sopravvivenza solo 'virtuale', essendo il reato caduto in prescrizione) l'elemento portante, ma al tempo stesso il più vulnerabile, dell'inchiesta *'Multipurpose'*. Sforzo generoso, forse necessario e non privo di valide giustificazioni, legate tutte alla peculiarità del 'caso', i cui attori principali non sono i soggetti privati (ridotti al ruolo di risosi comprimari) ma soggetti pubblici che hanno agito - anche se con modalità maldestre o inappropriate - seguendo la logica del conseguimento di un risultato utile per quella 'pace portuale' che nello scalo genovese sembra il bene più prezioso e allo stesso tempo il più difficile da realizzare.

I due documenti che si esaminano (la sentenza del Tribunale e quella della Corte di Appello), pur notevolmente differenti nell'approccio, non si discostano l'uno dall'altro in modo significativo nelle conclusioni e coincidono nel tener fermi i due punti cardine dell'intera, controversa questione: se ci si trovi di fronte a una gara (ancorché 'atipica') e se la norma penale che punisce la sua 'turbativa' sia applicabile (ancorché in via 'estensiva') ai comportamenti posti in essere dagli imputati Novi, Carena, Carbone e - *'last but not least'* - dal privato Grimaldi.

La differenza nell'impostazione e nell'approccio si spiega, oltre che col diverso 'stile' giudiziario degli estensori, col fatto che il giudice di primo grado ha comprensibilmente risentito della fortissima conflittualità e dell'animosità da cui era caratterizzata una vicenda i cui aspetti giuridici dovevano misurarsi con quelli personali e addirittura caratteriali, di cui i protagonisti erano a vario titolo portatori.

Il Tribunale si è fatto carico di una ricostruzione complessiva della vicenda, non trascurandone gli aspetti mediatici (largo spazio è dato alla risonanza che la vicenda aveva avuto sulla stampa locale) e quelli relativi agli interessi in gioco, non ultimo quello del porto come principale risorsa industriale-economica della città.

La sentenza della Corte d'Appello, intervenuta a quasi due anni di distanza, risente del tempo trascorso e del conse-

guente raffreddamento delle polemiche, della passioni, dei conflitti che avevano animato la fase delle indagini. I giudici hanno privilegiato un'impostazione analitica, basata su una conoscenza puntigliosa degli atti, non trascurando di riportare puntualmente tutte le obiezioni e le critiche mosse da ciascuno degli appellanti: la Procura della Repubblica, gli imputati, le parti civili. Ne è prova la stessa diversa 'dimensione' delle due sentenze: 200 pagine quella del Tribunale, divenute più di 500 in sede di Appello.

Gli esiti delle due decisioni non possono dirsi altrettanto diversi. Il Tribunale ha condannato Carena, Novi, Carbone e Grimaldi per il reato di cui all'art.353 c.p., escluse le ipotesi della concussione e quella dell'esclusione di un concorrente dalla gara e assolto gli imputati da tutte le altre imputazioni con la formula tombale: 'il fatto non sussiste'.

La Corte d'Appello non ha potuto che prendere atto del tempo trascorso, dichiarando non doversi procedere per il reato di cui all'art.353 c.p. per intervenuta prescrizione. Molto opportunamente – tuttavia – i giudici non si sono sottratti all'obbligo di motivare in modo approfondito una scelta che comunque presuppone il raggiungimento di un convincimento positivo circa la sussistenza del reato prescritto, assolvendo il solo Carena con la formula 'perché il fatto non costituisce reato'.

Quanto ai reati 'collaterali', esclusa la concussione, la Corte ha escluso altresì alcune imputazioni con pronunzie diversificate, quanto ai soggetti e quanto ai reati (per non aver commesso il fatto o perché il fatto non costituisce reato), confermando nel resto la sentenza pronunziata dal Tribunale. In questa nota ci si propone di esaminare i due punti di piena convergenza, anche sul piano argomentativo, delle due sentenze: quello consistente nell'aver configurato come una 'gara' vera e propria il procedimento per l'assegnazione del compendio denominato 'Multipurpose' e l'altro, connesso al primo, consistente nell'aver ritenuto applicabile a quella gara, riconosciuta peraltro come 'atipica', la previsione penale di cui all'art. 353 c.p. in tutte le sue componenti, oggettive e soggettive.

3. Il quadro normativo di riferimento.

L'esame del primo punto non può prescindere da una sommaria ricostruzione del quadro normativo di riferimento, sul quale è stata fondata da entrambi i giudici la tesi che definiremo della 'gara atipica'.

Fonte primaria, specie per quanto riguarda il principio della libera concorrenza cui si ispirano le idee di 'gara' e di procedura 'a evidenza pubblica', è quella costituita dall'ordinamento comunitario.

Come ha esattamente osservato il Tribunale (p.8 e segg.), la normativa nazionale – in particolare l'articolo 18 della legge portuale che disciplina la concessione delle aree demaniali e delle banchine – si ispira al principio della pubblicità preventiva adeguata, data sia alla richiesta del privato che all'offerta da parte della P.A. Tale pubblicità non segna solo il momento iniziale della procedura di assegnazione, ma la colora tutta condizionandone la validità sino al provvedimento finale.

Si vuol dire con questo che il criterio della 'pubblica evidenza' non viene soddisfatto semplicemente attraverso l'adeguata pubblicizzazione iniziale del procedimento (sui media e attraverso le forme più opportune di informazione), ma anche – e soprattutto – attraverso la completa trasparenza e conoscibilità delle sue fasi, dei criteri adottati, delle valutazioni poste a base della scelta finale, solo la pubblicità ren-

dendo infine possibile, nelle sedi e con gli strumenti previsti dalla legge sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione, il controllo da parte di tutti i co-interessati. In questo senso devono essere interpretati i criteri di 'trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione' imposti dal Trattato CE e dai principi comunitari, "estensivamente applicati (così la sentenza di primo grado, p.9) anche alle concessioni di beni pubblici per finalità imprenditoriali dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (cfr in questo senso l'articolata rassegna della giurisprudenza comunitaria nella materia in esame, citata dal Consiglio di Stato n.168/2005)." E, così ancora il Tribunale: "La Commissione europea, con comunicazione 12/4/2000, recependo tale giurisprudenza comunitaria, ha testualmente precisato che '...benché il Trattato non contenga alcuna esplicita menzione degli appalti pubblici, né delle concessioni, molte delle sue disposizioni sono rilevanti in materia. Si tratta delle norme del Trattato che presidiano e garantiscono il buon funzionamento del mercato interno, ossia: le norme che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità,...le norme relative alla libera circolazione delle merci,...alla libertà di stabilimento,...alla libera prestazione di servizi,...nonché le eccezioni a tali norme previste dagli artt.30, 40 e 46; le disposizioni dell'art.86 del Trattato'."

La libera concorrenza e il buon funzionamento del mercato comunitario impongono in sostanza che vengano rispettati i principi di trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione: a presidio di questi principi è posto il criterio dell'*evidenza pubblica*, criterio *generale* e ineludibile, rispetto al quale la *gara* si pone come un'applicazione speciale e particolarmente formalizzata. Tutte le gare devono assumere la forma di procedimenti a evidenza pubblica, dunque, ma non tutti i procedimenti a evidenza pubblica devono assumere necessariamente i modi e le forme della *gara*.

Coerentemente con questa impostazione, l'articolo 18 della Legge Portuale (Concessione di aree e banchine) dispone che '...Le concessioni sono affidate (...) sulla base di *idonee forme di pubblicità* (corsivo nostro), stabilite dal Ministro dei Trasporti, di concerto con il Ministro delle Finanze, con proprio decreto.'

Come è noto, in assenza della prevista disciplina regolamentare, in forza del dettato dell'art.20 c.IV Legge Portuale, si applicano le norme 'previgenti' e comunque, nella specie, l'art. 37 C. Nav., a norma del quale, nel caso di più domande di concessione, 'è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'Amministrazione, risponda a un più rilevante interesse pubblico'.

La concessione in uso di un'area demaniale o di una banchina è dunque sottoposta – nel caso di una pluralità di domande – a due criteri concorrenti:

quello dell'*evidenza pubblica* (di fonte precipuamente comunitaria);

quello della *preferenza* da darsi a chi tra i richiedenti dia maggiori garanzie di proficua utilizzazione del bene e si proponga di avvalersene per un uso che, a giudizio dell'*Amministrazione*, risponda a un più rilevante interesse pubblico.

Trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione, possibilità di impugnativa del procedimento nelle opportune sedi amministrative e giurisdizionali, da un lato: questi principi si traducono nell'obbligo di '*evidenza pubblica*', di derivazione comunitaria, recepito dal nostro ordinamento.

'Preferenza' data a quello tra i richiedenti che, in base alla va-

lutazione della P.A., offre le garanzie di 'più proficua utilizzazione' e di un uso 'rispondente a un più rilevante interesse pubblico', dall'altro lato: questi ultimi criteri, a differenza dei precedenti, richiedono l'esercizio prudente di quella discrezionalità che - unitamente al dovere di essere imparziale - fonda la responsabilità dell'Amministrazione Pubblica e l'assenza stessa di ogni buona amministrazione.

Evidenza pubblica e discrezionalità richiedono la ricerca di un equilibrio non sempre facile da stabilirsi secondo le forme rigide o 'automatiche' tipiche della gara vera e propria: forme la cui stessa rigidità (o 'automaticità') rende possibili quelle modalità tipiche di 'turbativa' a evitare le quali è stata posta la norma penale in esame. Si vuol dire che la 'forma' o il 'format' della gara non sempre impedisce, e a volte addirittura può favorire il ricorso a sperimentati sistemi di 'gestione' e controllo del risultato.

Nella gara si assiste a una compressione massima della discrezionalità, mentre nel procedimento ispirato al criterio più generale dell'evidenza pubblica la discrezionalità della P.A. è destinata a trovare un assetto e una rilevanza che devono peraltro essere compatibili con il rispetto dei criteri di evidenza pubblica sopra enunciati.

Mentre la trattativa privata 'si configura come una forma di contrattazione diretta tra la P.A. e i soggetti privati, il che implica che questi ultimi, intervenendo nella trattativa, partecipano effettivamente alla formazione del contenuto contrattuale' (Cass.12238 del 1998), i pubblici incanti e la licitazione privata - metodi di scelta aventi le caratteristiche proprie della gara - si configurano come procedure di tipo 'meccanico' (così Cass. 12238/98 cit.), con automatismi selettivi predeterminati e assolutamente vincolanti. Nella prima, i privati partecipano attivamente non solo alla formazione del contenuto contrattuale ma, implicitamente, anche alla formazione dello 'statuto' del contratto, cosa non immaginabile nel caso dei pubblici incanti e della licitazione privata.

La gara - in questo senso - si segnala per caratteristiche non meramente formali o nominalistiche (il suo chiamarsi 'gara', la pubblicazione di un 'bando'): prima tra tutte quella di presentarsi come una vera e propria competizione tra concorrenti in lotta tra loro per la 'vittoria'.

Conseguenza di questa caratteristica fondamentale è la necessità di regole sufficientemente chiare e precise, di un giudice-arbitro, di una vera e propria graduatoria o classifica dei partecipanti. La graduatoria è indispensabile, in particolare, per consentire il funzionamento del meccanismo di subentro dei classificati successivi al primo, nel caso di caducazione dell'assegnazione.

La gara non potrà mai, senza tradire se stessa, concludersi con un'intesa tra i partecipanti, per quanto favorita e avallata dalla P.A., né potrà fare a meno di un arbitro imparziale, garante del funzionamento del meccanismo e del rispetto delle sue regole (la 'commissione di gara').

E' difficile o addirittura impossibile stabilire normativamente un confine troppo preciso tra l'area generale dell'evidenza pubblica e quella - più ristretta - della gara vera e propria. Residuerà sempre una zona grigia di non del tutto certa attribuzione. Sarà ragionevole parlare in questi casi di gara 'atipica', 'non formale', 'ufficiosa', 'di sondaggio', 'esplorativa', 'di consultazione', 'tendenzialmente proceduralizzata', a patto, però, che quei procedimenti presentino le caratteristiche fondamentali della gara, ulteriori a quella dell'evidenza pubblica: la competitività, la presenza di regole predeterminate chiare e inderogabili, l'esistenza di un orga-

nismo con funzione di arbitro imparziale, la necessità di una graduatoria e di un 'vincitore'.

E' precisamente rispetto a questo tipo di 'gara' che deve essere valutata la configurabilità del reato di cui all'art. 343 c.p., ed è questo il problema principale che i giudici di merito si sono trovati ad affrontare, risolvendolo - come si è visto - nel senso della piena configurabilità, nella fattispecie, di una 'gara atipica' come tale suscettibile di essere 'turbata o impedita' ai sensi dell'art.353 c.p..

Di fronte a questa scelta, c'è forse da rammaricarsi del fatto che i giudici di merito - chiamati a pronunciarsi su una situazione non direttamente regolata dall'ordinamento comunitario né dalla giurisprudenza della Corte di giustizia - abbiano evitato di ricorrere, come era stato loro chiesto, al meccanismo del ricorso pregiudiziale di cui all'art.267 TFUE, preferendo appoggiarsi alla 'comunicazione interpretativa' resa dalla Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (2000/C 121/02), rilevando comunque la non obbligatorietà di quel ricorso per un giudice non di ultima istanza. Non appare particolarmente perspicuo l'argomento con cui la Corte ha motivato il proprio rifiuto di adire la Corte di giustizia, sostenendo che "...il richiamo all'ambito comunitario non è decisivo, ma semplicemente indicativo della coerente evoluzione giurisprudenziale, cosicché la questione pregiudiziale proposta è priva di effettiva rilevanza."

La motivazione è ambigua e potrebbe sorreggere - tale e quale - un provvedimento di accoglimento dell'istanza di ricorso pregiudiziale.

E' molto probabile, a questo riguardo, che la prospettiva dell'obbligatorietà renderà più stringente, per i giudici della Corte di Cassazione, la necessità di motivare un nuovo rifiuto di proporre il ricorso alla Corte di Giustizia, tenuto conto del fatto che l'ordinamento comunitario definisce la materia delle concessioni solo con riferimento a 'lavori' e 'servizi' ma non con riferimento a 'beni', come nel caso in esame.

Un primo, non irrilevante problema concerne quindi l'ammissibilità di tale estensione, manifestamente 'analogica' (in relazione, soprattutto, alle eventuali conseguenze penali di questa estensione).

Non è di scarso rilievo l'osservazione proveniente dalla difesa di Grimaldi, secondo la quale la circolare 3944 dell'1/3/2002 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ove la si considerasse estensiva alle concessioni di 'beni' della disciplina dettata dalla 'comunicazione' della Commissione sopra richiamata, implicherebbe l'esercizio di un'attività interpretativa del Trattato di esclusiva competenza della Corte di Giustizia.

Analogamente deve dirsi del 'parere' 29/11/2006 reso dal ministero dei Trasporti all'Autorità Portuale genovese, stando al quale l'emanazione del regolamento previsto dall'art.18 n.4 Legge Portuale 'apparirebbe ormai superflua, se non addirittura superata' in quanto i riferimenti normativi essenziali sarebbero già dati dalla normativa comunitaria e dalle circolari del Dipartimento delle Politiche Comunitarie, 'pur in assenza di una normativa specifica per il rilascio delle concessioni di beni e servizi', essendo per tali materie 'comunque applicabili le regole e i principi derivanti dal Trattato UE'.

Altra questione di rilievo è quella dei limiti che l'ordinamento comunitario pone alla fondamentale libertà del concedente di scegliere la procedura più appropriata e in particolare di esperire una procedura negoziata.

Più che opportuna, sotto questi profili, sembra possa essere la sottoposizione alla Corte di Giustizia del Lussemburgo di quesiti interpretativi riguardanti:

La necessità, per la concessione di un'area demaniale marittima o portuale, dell'esperimento di una procedura concorrenziale (gara) vera e propria;

La possibilità di considerare tale una procedura 'atipica' caratterizzata, in prima battuta, dall'avviso pubblico di una procedura di assegnazione in concessione di talune aree e banchine, con indicazione di una 'base d'asta' e la previsione di una commissione di esperti per l'esame e la valutazione delle istanze, qualora – in una seconda fase caratterizzata dalla mancata istituzione della commissione e dall'individuazione da parte della stessa P.A. di un offerente il cui programma meglio degli altri rispondeva alle condizioni previste dall'"avviso" – la stessa P.A. si sia adoperata per realizzare, sottoponendolo all'approvazione del Comitato Portuale, un progetto di ripartizione delle aree condiviso da tutti i soggetti interessati, prevedendo questo progetto la rinuncia del soggetto che era stato riconosciuto più idoneo, in cambio della promessa assegnazione di nuove aree in via di realizzazione, e l'ingresso nella ripartizione di un soggetto nuovo, che non aveva risposto a suo tempo all'"avviso pubblico";

La correttezza di un orientamento giurisprudenziale che, in via analogica, ricollega sanzioni penali a comportamenti configurabili come atti a turbare o impedire la suddetta procedura 'atipica' (l'*atipicità* della gara traducendosi in fatto nella configurazione di un reato anch'esso 'atipico' di turbativa).

4. La questione dell'art.353 c.p.: c'è stata un'asta, e – se si – ne è stato impedito o turbato il 'libero svolgimento'?

Alla luce dei fatti e indipendentemente dalla lettura che se ne voglia dare, è incontestabile che il percorso del procedimento seguito dall'Autorità Portuale genovese sia stato tutt'altro che lineare e coerente.

Questa assenza di linearità e coerenza trova una relativa giustificazione nell'incertezza e nella lacunosità del quadro normativo e regolamentare, ma è evidente che, sul dispiegarsi di quel procedimento, hanno influito elementi peculiari al contesto locale. Sembra potersi dire, a questo riguardo, che a una prima impostazione, prudentemente orientata nel senso di affidare a una gara vera e propria l'assegnazione del compendio 'Multipurpose' (segnata dalla scelta dichiarata di volersi discostare dai criteri in precedenza adottati), ne è subentrata un'altra, forse meno rigorosa in termini formali, ma pur sempre orientata alla scelta del soggetto che fosse risultato più idoneo in vista della migliore utilizzazione del bene pubblico. Caratteristici di questa seconda fase sono stati l'abbandono di quella 'commissione' di esperti indipendenti che avrebbe dovuto procedere a una valutazione imparziale delle offerte; l'affidamento della scelta del soggetto più idoneo a un organo interno dell'A.P., la Conferenza dei Servizi integrata; la rinuncia a una valutazione comparativa e a una graduatoria; l'indicazione dell'offerta di MSC (potente operatore multinazionale, ma esterno alla realtà portuale genovese) come quella meglio rispondente alle aspettative della P.A..

Lo stallo determinato dalle 'vivaci reazioni' degli operatori locali – a loro volta in conflitto 'domestico' – segna il passaggio alla terza fase, caratterizzata dal subentro del nuovo Presidente dell'A.P. e dalla scelta di una linea che non è improprio definire 'negoziale'. Non, quindi, un'asta regolare (ancorché 'atipica'), bruscamente interrotta, lasciata, per così dire, su un binario morto, o in irreversibile estinzione, ma una procedura *in progress* che sembra aver subito una serie di successivi aggiustamenti e impulsi dettati da esigenze obiettive, interessi allo stesso tempo coincidenti e confliggenti, incertezza normativa e – *last not least* – incertezze di una

presidenza dell'Autorità Portuale che, al suo esordio, si trovava a dover subito gestire una situazione tra le più complesse e delicate.

E' su questo 'mobile' scenario che dev'essere proiettata, dunque, l'ipotesi criminosa in esame, tenendo altresì conto della circostanza – non irrilevante – che nel corso dei due processi, quello davanti al Tribunale e quello in Corte di Appello, sono venuti meno tutti gli addebiti concorrenti di concussione, falso, truffa. E' chiaro, a questo punto, che a finire sotto la lente dell'art.353 c.p. sono unicamente le modalità attraverso le quali è stata attuata una vera e propria 'virata' nella procedura di assegnazione del compendio 'Multipurpose'.

Un'ulteriore considerazione, non inutile ai fini della valutazione penale della fattispecie, è rappresentata dalla circostanza – riconosciuta da entrambe le sentenze – che ogni fase della procedura si è svolta sotto l'occhio attentissimo della stampa e dei 'media' locali. La procedura ha poi trovato una puntuale sede di discussione nell'organismo rappresentativo dell'A.P., il Comitato Portuale, che – superate le preoccupazioni manifestate soprattutto dal Sindaco di Genova (componente di diritto del Comitato e a sua volta insigne amministrativista) – aveva dato di buon grado il proprio consenso all'indirizzo, per così dire 'pragmatico', impresso alla procedura dal neo-nominato Presidente dell'Autorità Portuale. Non si erano sprecati infatti – in pubblico come in privato, dall'una e dall'altra parte – gli elogi a una scelta compromissoria che sembrava aver raggiunto il difficile risultato di mettere d'accordo tutti, o quasi, gli attori principali presenti sulla scena portuale, inclusa la Compagnia Unica, che versava a sua volta in una situazione di pericolosa incertezza circa la propria sopravvivenza.

Si trattava ora, in sostanza, di conciliare la scelta del programma astrattamente 'migliore' con quella di un assetto del compendio che non suscitasse o inasprirebbe la conflittualità tra gli aspiranti locali al possesso di almeno una porzione di un'area che la naturale limitatezza dello scalo genovese rendeva particolarmente appetibile per gli operatori: il tutto nel rispetto dei 'sacri' principi di libera concorrenza sanciti dall'Ordinamento comunitario.

Dal punto di vista penale, sulla base del percorso non lineare che si è venuto ricostruendo, le questioni davvero cruciali sono tre: C'è stata, nel caso in esame, una vera gara, ancorché 'atipica'?

Una volta ammesso che quella in corso per l'assegnazione del 'Multipurpose' fosse una gara, sebbene 'atipica', quella spiccata 'atipicità', riferita alla previsione della norma penale, comporta un procedimento interpretativo del tipo 'estensivo' oppure del tipo 'analogico' (solo nel primo caso infatti potrà ritenersi applicabile alla fattispecie la norma penale)?

Una volta ammesso il carattere 'estensivo' di quell'operazione ermeneutica, e quindi l'applicabilità della norma penale, è stata davvero 'turbata o impedita' la libertà (il libero svolgimento) della gara da quegli stessi comportamenti che, descritti nel capo di imputazione, si è accertato in giudizio non sussistere o non costituire i reati di concussione, falso e truffa originariamente contestati?

Se la risposta al punto a) è negativa, '*nulla quaestio*': non è possibile, evidentemente, la turbativa di una gara inesistente.

Se la risposta è invece positiva, si apre la questione di cui al punto b): la riconosciuta 'atipicità' della gara, è davvero così poco rilevante da consentire l'applicabilità – nei confronti di chi sia accusato di averla 'turbata o impedita' – del reato di cui all'art.353 c.p.: in pratica, l'affiancamento a quel reato di un reato anch'esso, come la gara, 'atipico'?

Il punto c), apparentemente residuale, consegue al riconoscimento dell'esservi stata una gara e del carattere estensivo dell'interpretazione che rende astrattamente applicabile alla fatti-

specie l'ipotesi criminosa di cui all'art.353 c.p.

Le due sentenze di merito, come è noto, hanno risolto in termini positivi tutti e tre i quesiti.

Sulla natura della gara si è già detto sopra.

Sulla legittimità – e la natura 'estensiva' – dell'interpretazione che considera applicabile a quella gara l'ipotesi delittuosa di cui all'art.353 c.p., sia il Tribunale che la corte di Appello si sono riportati a una giurisprudenza pluridecennale della Corte di Cassazione (cfr. in particolare le sentenze n.4741/1995 e 12238/1998) che avrebbe considerato anche la gara 'atipica' suscettibile di venire 'turbata o impedita' nella sua libertà con i mezzi e le condotte descritti dalla norma.

A questa conclusione la Cassazione perviene, tuttavia, attraverso un ragionamento che poggia sulla distinzione, tradizionale e netta, tra pubblici incanti o licitazione privata, da un lato, e trattativa privata dall'altro. Il confine è segnato dall'elemento 'competitivo': ove questo elemento sussista, sia pure secondo modalità variamente definite 'informali' o 'di consultazione', 'esplorative' o 'di sondaggio' o solo 'tendenzialmente proceduralizzate', alla gara sarà sempre applicabile la norma penale di tutela.

In realtà, si deve osservare che la Cassazione (cfr. la sent.12238 del 1998) si era preoccupata di far fronte a un fenomeno di progressiva, o larvata trasformazione delle 'trattative private' della P.A. nella direzione di modelli sempre più formalizzati o 'procedimentalizzati', seguendo una tendenza dapprima incoraggiata e successivamente resa vincolante da parte della P.A. in base a indicazioni e direttive provenienti dall'Ordinamento comunitario.

In questi casi, affermava la Cassazione, "...diventa arduo sostenere che non ci si trovi davanti a una gara vera e propria...". Al contrario, era più corretto sostenere – avuto riguardo alla sostanza delle cose – che i soggetti che aderiscono all'invito della P.A. a presentare l'offerta si pongono comunque in una condizione di potenziale concorrenza nell'ambito di un rapporto giuridicamente rilevante con la P.A., anche se non inquadrabile in un procedimento formale tipico.

Il discrimine è dunque segnato dalla presenza o meno dell'elemento competitivo e non dalla veste formale del procedimento. Nel caso in esame il problema sembra porsi in termini inversi. Si discute infatti di un procedimento che – da relativamente formale quale si presentava all'origine – è andato perdendo il carattere 'competitivo' che era nelle prime intenzioni dei redattori dell' "avviso". Non quindi una trattativa privata che surrettiziamente ha adottato caratteri propri della competizione, ma, al contrario, un procedimento che – abbandonando gli aspetti competitivi – ha individuato la prospettiva 'negoziale' come la più adatta a contemperare tutti gli interessi in gioco: quelli pubblici come quelli privati. Per quanto discutibile possa essere questa scelta, o 'virata', sul piano della legittimità e della correttezza amministrativa, si tratta di vedere se essa possa produrre effetti rilevanti sul piano penale.

In quell'inversione (da negoziale- competitivo a competitivo- negoziale) sembra consistere la maggiore difficoltà in cui si viene a trovare chi voglia attenersi alla tesi dell'interpretazione 'estensiva' dell'art.353 c.p. In quale misura, infatti, il venir meno dell'elemento competitivo influisce sulla pretesa di estendere a questa nuova situazione quella tutela penale che si giustifica solo a fronte di un opposto fenomeno: l'introduzione di elementi competitivi in procedure formalmente 'libere' di trattativa privata? E' più che probabile, insomma, che la giustificazione accolta dai giudici di merito in favore della tesi dell'interpretazione estensiva rispetto al quella della (vietata) interpretazione analogica, sia de-

stinata a un più approfondito ripensamento da parte della Suprema Corte.

Resta da esaminare il terzo punto del percorso, tracciato e seguito dalle due sentenze: quello relativo alla concreta configurabilità, nella specie, del reato di cui all'art.353 c.p., sotto il profilo oggettivo e sotto quello soggettivo (caratterizzato, come è noto, dal dolo generico).

Sotto il profilo oggettivo non pare inutile il preventivo richiamo al dettato dell'art.12 delle 'Disposizioni sulla legge in generale' ('Interpretazione della legge'), in base al quale, come noto "Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore".

Il legislatore dell'epoca aveva molto acutamente distinto il 'senso' della legge, dal 'significato' delle parole impiegate, nella loro 'connessione' in base alla 'intenzione' del legislatore.

Nel caso di specie ci si deve quindi soffermare, per ricostruire il 'senso' della norma, sul significato 'proprio' delle parole, nella loro connessione, e sull'intenzione del legislatore. Il primo deve essere 'palese' e scevro di ambiguità, mentre la ricerca della seconda non può che ispirarsi a criteri legati all'evoluzione della collettività cui si indirizzano le parole del legislatore. Non ci si può accontentare, in questa ricerca, dell'intenzione 'storica' del legislatore dell'epoca: in questo senso la legge trascende l'epoca della sua emanazione. Da quella intenzione originaria (quella che gli americani chiamano 'original intent' riferendosi ai Padri della loro Costituzione), occorre procedere alla ricerca dell'intenzione del legislatore riportata al momento in cui la legge viene applicata.

Bisogna riconoscere che, nel caso dell'art.353 c.p., la situazione non sembra essere mutata in modo significativo, e che l'intenzione riferibile al legislatore è sempre quella di impedire che i privati, intervenendo con mezzi violenti o fraudolenti sul meccanismo stesso della gara pubblica (in un certo senso 'appropriandosi' di quegli stessi meccanismi per volgerne il funzionamento apparentemente impersonale in proprio esclusivo favore), ne distorcano il risultato o addirittura finiscano con impedirne lo svolgimento o – che è lo stesso – allontanare gli altri offerenti. A ben vedere, la norma non tutela tanto la libera concorrenza, quanto l'imparzialità della Pubblica Amministrazione.

Su questo sfondo deve essere collocato il successivo esame del significato proprio delle parole usate: 'violenza', 'minaccia', 'doni', 'promesse', 'collusioni', 'altri mezzi fraudolenti', 'impedire', 'turbare'.

Già le due sentenze in esame han fatto giustizia della violenza e della minaccia. Che la trattativa abbia registrato momenti di relativa durezza – anche verbale – è più che naturale se si tiene conto dell'importanza della posta in gioco (anche se risulta difficile immaginare quella frase, "...o così o Pomi", sulla bocca del compassato professor Carbone). La 'minaccia' – già esclusa in relazione al reato di concussione – dovrebbe essere stata rivolta ai Messina ed essere consistita nel prospettare loro il possibile ingresso in porto di società che ne avrebbero messo in pericolo la posizione di predominio. In tal modo i Messina sarebbero stati 'costretti' a sottoscrivere l'accordo spartitorio.

Ora, quale che sia il senso proprio che si voglia attribuire a parole quali 'minaccia', 'costrizione', 'spartizione', esso non può essere attribuito certamente alla contesa svoltasi intorno al Multipurpose: contesa senza quartiere da parte dei protagonisti, svoltasi su tutti i 'tavoli' possibili, tra incontri 'al vertice', riunioni con funzionari e avvocati, scambi di 'memo', sempre sotto i riflettori implacabili della stampa e dei 'media' locali. Sotto tale profilo è la stessa sentenza di primo grado a segnalare la 'costituzionale passionalità' il carattere 'sanguigno' la 'leggerezza' di uno dei supposti mi-

nacciati, Ignazio Messina, il cui 'gruppo' è stato riconosciuto (p.85 sent. Trib.) come "...il primo soggetto che ha avvicinato Novi, ancor prima della sua nomina a presidente del Porto, per sollecitare una decisione diversa da quella emergente dalla procedura della gara in corso."

E, ancora, "(nelle dichiarazioni di Ignazio Messina) stupisce il fatto che dimentica la presenza degli avvocati di alcune parti alla riunione nella quale sarebbero state pronunciate le note minacce. (...) ... proprio la presenza di tanti avvocati rappresenta l'incontro più come una trattativa che come un agguato" (Sent. Trib. P. 83, corsivo nostro).

Le stesse supposte vittime della 'turbativa', in sostanza, erano state le prime a insistere perché la gara venisse 'turbata', purché, naturalmente, ciò avvenisse a loro favore o senza loro danno.

Rimane da esaminare – dal punto di vista oggettivo – l'elemento della 'collusione' o degli 'altri mezzi fraudolenti' attraverso i quali il reato è suscettibile di venire consumato.

Il compito dell'interprete a questo riguardo è reso particolarmente semplice dalla sistematica ripetizione da parte della Suprema Corte (Cass. 20211/2012; Cass.12298/2012; Cass.26809/2011; Cass. 40831/2010; Cass. 37337/2003, Cass.8443/98) della formula secondo la quale: "...la 'collusione' va intesa come ogni accordo clandestino diretto a influire sul normale svolgimento delle offerte"

Mentre " gli 'altri mezzi fraudolenti' (costituiscono una categoria) nella quale rientra ogni genere di artificio, inganno, menzogna usati per alterare il regolare funzionamento e la libera partecipazione alla gara".

Questa massima viene ripetuta alla lettera dalle decisioni della Cassazione, con una sistematicità tale da costituire ormai una vera e propria integrazione 'normativa' dell'articolo 353 c.p.

Elemento fondamentale della collusione deve ritenersi, pertanto, la *clandestinità* dell'accordo, mentre gli 'altri mezzi fraudolenti' devono concretizzarsi in un *artificio*, un *inganno* o una *menzogna*, diretti ad alterare il regolare funzionamento e la libertà della gara.

La clandestinità, in particolare, richiede un accordo segreto, fatto di nascosto (lat. *clam*, fatto in segreto, furtivamente) tra i soggetti che hanno partecipato alla collusione.

Ora, per quanto si è già rilevato sopra a proposito della supposta 'minaccia', nessun elemento di segretezza e clandestinità si può ravvisare nella complessa, tortuosa, spesso sofferta via seguita dall'Autorità Portuale per arrivare - secondo quella che si configurava del resto come una 'prassi' consolidata nello scalo genovese - a concludere una specie di 'patto' che mettesse d'accordo tra loro i principali protagonisti della vita portuale, Compagnia Unica dei lavoratori inclusa. Questo procedere, a volte erratico, ha dovuto misurarsi con caratteri, aspirazioni, pretese, quasi sempre in conflitto ma sempre apertamente manifestati, sia in pubblico che negli incontri e nella corrispondenza privati. Le stesse perplessità avanzate circa le sorti della gara e i rischi di incorrere in un reato hanno trovato la sede appropriata nel Comitato Portuale, restando così esclusa in radice la configurazione di un accordo 'clandestino'. E' stata, se mai, l'ombra negativa di quel termine così abusato, 'spartitorio', a influire sulla sua connotazione penale.

Non sembra quindi potersi condividere - perché in contrasto con la giurisprudenza e con la realtà fattuale - l'affermazione del primo giudice per il quale (pp.56-57) sarebbe "...irrelevante la circostanza che la trattativa illecita intercorsa tra le parti sia stata resa di pubblico dominio attraverso le dichiarazioni fatte dal Novi al Comitato Portuale del 7/8/2004 o comunque esternata in precedenza. Deve infatti ritenersi accordo clandestino ogni accordo maturato al di fuori della procedura..." (corsivo nostro).

La clandestinità è evidentemente cosa ben diversa dalla pura e semplice estraneità al meccanismo della procedura.

La stessa sentenza di primo grado - nel dichiarare inesistente il reato di truffa (p.73) - esclude che i membri del Comitato Portuale siano stati vittime di qualche raggiri per indurli ad approvare le misure che attuavano l'accordo.

"Nessuno è stato raggirato o ingannato, in quanto il Comitato è stato sostanzialmente reso edotto dei modi attraverso i quali era maturata la proposta, proprio attraverso la relazione del presidente. E il tenore di diversi interventi dimostra che la relazione stessa era stata compresa nei suoi contenuti. La scelta del Comitato appare dunque una scelta consapevolmente condivisa...": col che viene definitivamente escluso ogni pur residuo sospetto di clandestinità dell'accordo. Dopo quanto detto, non occorre spendere molte parole in ordine all'elemento soggettivo. E' evidente infatti che se la pretesa turbativa si è rivelata consistere in un accordo (ancorché 'spartitorio') raggiunto senza minacce né clandestinamente, ferme restando le ipotesi di illegittimità sul piano amministrativo, nessun rilievo penale può essere attribuito alla consapevolezza da parte degli imputati nel porre in essere quell'accordo.

L'allarme manifestato in sede di Comitato Portuale dall'allora sindaco di Genova, prof. Pericu, non si configurò che come la doverosa cautela di un esperto e prestigioso avvocato, per professione incline a individuare i rischi anche minimi che l'assumere una certa linea di condotta può comportare. Lo stesso prof. Pericu - infatti - ebbe poi a dichiararsi tranquillizzato dalla linea di azione (o piuttosto di 'inazione tecnica') adottata in quell'occasione dal Comitato.

5. Conclusioni.

Il compito della Cassazione nel pronunziarsi in via di ricorso sulla sentenza della corte genovese non sarà dei più semplici. Essa dovrà valutare prima di tutto (in una prospettiva di potenziale obbligatorietà, quale giudice di ultima istanza) se proporre un ricorso pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione.

La Corte dovrà comunque pronunziarsi sull'ambigua configurazione della gara 'atipica', sul rapporto tra 'gara' e 'procedura di evidenza pubblica', sul governo che i giudici di merito hanno fatto di queste nozioni dai confini allo stato molto incerti. Sarà inevitabile anche pronunziarsi sulla natura meramente 'estensiva' oppure 'analogica' dell'interpretazione che applica anche alla gara 'atipica' il reato di cui all'art.353 c.p.

In presenza di una normativa caratterizzata da grande incertezza, sarà infine compito della giurisprudenza della Suprema Corte dare agli operatori, pubblici e privati, indicazioni più sicure circa le modalità di assegnazione e partecipazione all'acquisizione di strutture e beni pubblici fondamentali per l'economia del Paese, quali - indubbiamente - quelli del principale scalo marittimo italiano.