

NUOVA GIURISPRUDENZA LIGURE

*Rivista quadrimestrale di giurisprudenza
del Distretto della Corte d'Appello di Genova*

Comitato Scientifico:

Guido Alpa, Camillo Belfiore, Sergio Maria Carbone, Paolo Comanducci, Pasquale Costanzo, Andrea D'Angelo, Antonino Dimundo, Luciano Di Noto, Michele Marchesiello, Corrado Marvasi, Vito Piergiovanni, 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 Lovisolo, Roberto Negro, Carlo Rossello, Alvaro Vigotti

Redazione:

Coordinamento

Alessandro Barca

sezione di diritto civile:

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.), Rosario D'Arrigo (R.D'AR.), Leopoldo Ghigliotti (L.GH.), Francesco Ghisiglieri (F.GHI.), Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Tiby (M.TY.), Stefano Torchio (ST.TOR.), Stefano Andrea Vignolo (ST.VGN.)

sezione famiglia e minori:

Rossella Atzeni, Cinzia Miniotti

sezione mediazione, conciliazione e arbitrato:

Cesare Bruzzone, Francesca Cuomo Ulloa, Enrico Righetti

sezione di diritto amministrativo:

Francesca Bailo (F.B.), Carlo Bilanci (C.B.), Chiara Cocchi, Pasquale Costanzo, Chiara Fatta (C.F.), Sarah Garabello (SAR.G.), Barbara Lelli (B.L.), Andrea Mozziati, Francesca Paderno (F.P.), Gerolamo Francesco Taccogna, Lara Trucco (L.T.)

sezione di diritto costituzionale regionale:

Francesca Bailo (F.B.), Pasquale Costanzo, Giovanna Cuzzola (G.CU.), Chiara Fatta (C.F.), Daniele Ferrari, Alessia Fusco (A.FUS.), Barbara Lelli (B.L.), Francesca Paderno (F.P.), Lara Trucco (L.T.)

sezione di diritto tributario:

Antonio Lovisolo

sezione di diritto penale:

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

sezioni locali:

Albenga: Alberto Princiotta; **Chiavari:** Chiara Gianelli (C.GIA.), Francesca Maberino (F.MA.); **Imperia:** Maurizio Temesio (M.T.); **La Spezia:** Virginio Angelini, Luigi Pace (LU.PC.); **Massa Carrara:** Alessandro Fontana (A.F.), Angela Spiezia (A.SP.); **Sanremo:** Giovanni Berrino, Enza Dedali; **Savona:** Lucio Colantuoni (L.CO.)

Hanno collaborato a questo numero

sezione di diritto civile:

Alessio Abbene (AL.AB.), Giovanni Adezati, Rossella Atzeni, Francesca Bagnasco (F.BGN.), Francesca Bartolini (F.BART.), Massimo Benoit Torsegno (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV), Silvio Bertieri (SB), Enrico Bet, Marzio Bini (MA.BN.), Antonio Bisignani, Emanuela Boglione, Costanza Bracciforti (C.BC.), Elisa Brigandi (EL.BR.), Cesare Bruzzone (C.BRU.), Alessandra Calдини, Sonia Canata (SO.C.), Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Chiara Capodiecici, Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Stefano Cavanna, Chiara Cellerino (C.CELL.), Lara Cipriani (LA.CIP.), Enrico Clerici (E.CLE.), 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.), Raffaella Demaria (R.D.), Stefano Dominelli (S.D.), Paolo Donadoni, Marcella

Donati, Carlo Fava, Wanda Finelli (W.F.), Francesca Florino, Antonio Fontana (A.FONT.), Cesare Fossati, Elizabeth Frixione (EL.FR.X.), Serafina Funaro (SE.F.), Giovanna Galione (G.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Stefano Garbarino (S.GARB.), Laura Garibbo (L.GRB.), Franco Augusto Gastaldo (F.A.G.), Paola Gatti (PA.GAT.), Christian Graziano (C.GRA.), Marco Grimani (MA.GRI.), Oriana Guarina (OR.G.), Luca Guerrini (LU.GRR.), Silvia Guglielminetti, 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, Alessandro Massa, 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, Silvia Olcese (SI.OL.), Nicola Orecchia, Francesca Orfanelli (F.O.), Giorgia Orsi, Carlo Pasero (C.PA.), 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, Claudio Rambaldi (CL.RM.), Andrea Rava (A.RAV.), Federico Repetti (F.RPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Francesca Ricco, Raffaella Romoli (R.RO.), Guia Rovegno (GU.R.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Aldo Salvadé (AL.S.), Beatrice Scafidi (B.S.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Federico Semino (FD.SMN.), Michele Sivarido (M.SIV.), Laura Sommazzi, Alberto Spinelli (ALB.SPIN.), Paolo Tarnassi, Federica Testini, Ambra Testoni (A.T.), Gualtiero Timossi, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Valeria Ugolini, Elisabetta Varni (E.VAR.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Jenny Verduci (J.V.), Giacomo Viotti, Fabio Zanolì (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (F.A.Z.)

sezione mediazione, conciliazione e arbitrato:

Valentina Di Gregorio, Remo Dominici, Attilio Fagiani, Valeria Federici, Tomaso Galletto, Mario Riccomagno, Fabio Toriello

sezione di diritto amministrativo:

Francesco Boetto (F.B.), Marcello Bolognesi (M.BO.), Monica Busoli (MO.BS.), Marco Castagnola (M.C.), Paolo Gozzi, Aurelio Domenico Masuelli, Maria Paola Pessagno, Luca Saguato, Alessandro Salustri, Jenny Verduci (J.V.)

sezione di diritto costituzionale regionale:

Francesca Bailo (F.B.), Pasquale Costanzo, Giovanna Cuzzola (G.CU.), Chiara Fatta (C.F.), Daniele Ferrari (D.F.), Alessia Fusco (A.FUS.), Veronica Gaffuri, Barbara Lelli (B.L.), Francesca Paderno (F.P.), Lara Trucco (L.T.)

sezione di diritto tributario:

Sara Armella, Alessia Baldassarre (A.B.), Andrea Bodrito, Fausto Cappello, Giuseppe Croce (G.C.), Filippo Da Passano (F.P.), Elizabeth Frixione (EL.FR.X.), Andrea Giolo (AN.GI.), Fabio Graziano (F.G.), Marco Grimani (MA.GRI.), Claudia Nouvion (C.N.), Caterina Oliva, Agnese Querci (A.Q.), Roberta Pera (R.P.)

sezione di diritto penale:

Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BRZ.), Michele Ciravegna (M.CIR.), Luca Aldo Forlani, Marco Gerunzi, Giovanni Battista Gramatica di Bellagio, Simone Gramatica di Bellagio, 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 Torrigio (CH.T.)

Direttore responsabile:

Fabrizio De Ferrari

Sede della Redazione:

*De Ferrari Comunicazione S.r.l., via Riboli, 20 - 16145 Genova
Tel. 010 3621713 - Fax 010 3626830
editorialetipografica@editorialetipografica.com*

In copertina: Giovanni Andrea De Ferrari (Genova 1598? - ivi 1669), "La Giustizia", Genova, Palazzo di Giustizia.

© De Ferrari Comunicazione S.r.l.

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

Indice

NH MARINA

GENOVA | ITALIA



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

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

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

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



NH
HOTELES

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova, 9 febbraio 2012 – Giudice Unico Lucca – A. (Avv. Calvari) c. Comune di Genova (Avv. Bracuto).

CIRCOLAZIONE stradale – verbale di accertamento – inidoneità della segnaletica – querela di falso – necessità – esclusione – prova – necessità di contraddittorio – esclusione.

L'atto pubblico fa piena prova dei fatti avvenuti alla presenza del pubblico ufficiale: contestare l'idoneità della segnaletica finalizzata a segnalare al cittadino il divieto non è circostanza che contraddice a quanto attestato nel verbale. Il verbale di accertamento attesta che l'auto era in sosta in quel giorno in un'area che era destinata allo scarico merci. La valutazione che questa segnalazione fosse idonea è solo un giudizio del Pubblico Ufficiale che ha proceduto ad elevare la contravvenzione e, quindi, non si tratta di una circostanza attestata dal verbale, ma di una valutazione della idoneità della segnaletica che ben può essere contestata anche in mancanza di querela di falso.

A fronte della sostanziale mancanza di una contestazione del fatto che le fotografie prodotte rappresentino la realtà, esse costituiscono piena prova dei fatti. La prova è un qualcosa che si può formare nel processo anche attraverso la produzione di documenti e tali sono le fotografie di parte. Tutte le prove precostituite si formano prima del processo e quindi necessariamente al di fuori della instaurazione del contraddittorio.

(... Omissis...)

Udienza ex art. 281 sexies c.p.c.

L'appellante veniva sanzionata per aver posteggiato il 9 luglio 2010 la propria autovettura in una zona riservata ai veicoli per carico e scarico merci.

Allegando il difetto di idonea segnaletica, proponeva ricorso, che veniva respinto dal Giudice di Pace di Genova con la sentenza 124/2011 qui impugnata riproponendo le ragioni di primo grado. Resiste il Comune che sottolinea la fidejacia del verbale di accertamento e la mancata proposizione della querela di falso. Sull'accordo delle parti si optava per il modulo decisorio della decisione completamente orale.

In primo luogo occorre verificare se le circostanze allegare dalla ricorrente (assenza di segnaletica orizzontale e inidoneità del cartello costituente segnaletica verticale) possano essere apprezzate in questo giudizio indipendentemente dalla proposizione di una querela di falso oppure - come affermato dal Comune - ciò sia precluso dalla fidejacia del verbale.

L'atto pubblico fa piena prova dei fatti avvenuti alla presenza del pubblico ufficiale: contestare l'idoneità della segnaletica finalizzata a segnalare al cittadino il divieto non è circostanza che contraddice a quanto attestato nel verbale. L'idoneità della segnaletica è evidentemente un giudizio, e non un fatto. Si pensi al contenzioso -in aumento- circa la circolazione nelle zone riservate al trasporto pubblico e alle diverse querelle circa la legittimità della procedura di imposizione dei divieti e delle diverse questioni che ivi si dibattono: nessuno ha mai richiesto in tali casi la querela di falso. Oppure ai diversi giudizi circa l'idoneità e la legittimità della segnaletica che preavverte di un controllo attraverso apparec-

chiature automatiche o varchi automatici, nei quali mai si è chiesta tale querela.

Il verbale di accertamento qui attesta solo che l'auto era in sosta in quel giorno in un'area che era destinata allo scarico merci: implica che una qualche segnalazione di tale zona fosse data, ma la valutazione che questa segnalazione fosse idonea è solo un giudizio del Pubblico Ufficiale che ha proceduto ad elevare la contravvenzione. Basti pensare a questa considerazione: poniamo il caso che il processo civile pervenga ad accertare che la situazione di fatto fosse quella rappresentata dalla sig.ra Asquasciati, ossia che al momento dei fatti non esistesse nessuna striscia sull'asfalto e il cartello fosse tutto inclinato e quasi divelto e non visibile dalla strada. Nessuno penserebbe di denunciare per falso ideologico l'agente di polizia municipale che ha elevato la contravvenzione, perché il suo verbale non attesta l'idoneità della segnaletica. Diverso sarebbe se fosse accertato che nessun tipo di segnaletica, neanche inidonea, fosse stata apposta: in questo caso vi sarebbe un falso, perché il pubblico ufficiale affermerebbe che l'auto era in zona di scarico merci, mentre l'auto era posteggiata magari sulle strisce blu o su una zona con un cartello che permetteva la sosta con l'esposizione di un disco orario.

Quindi non si tratta di una circostanza attestata dal verbale, ma di una valutazione della idoneità della segnaletica che ben può essere effettuata anche in mancanza di querela di falso. Venendo al merito, il giudice di pace ha anche affermato che le fotografie prodotte, essendo state scattate in assenza di contraddittorio, non costituiscono prova.

Ebbene, appare più corretto ritenere che la prova è un qualcosa che si può formare nel processo anche attraverso la produzione di documenti (tali sono le fotografie di parte): nel processo civile tutte le prove precostituite sono prove che si formano prima del processo e quindi necessariamente al di fuori della instaurazione del contraddittorio. Un documento per sua natura è una prova, non un indizio: certo, se di questo documento fotografico la controparte contesta la corrispondenza al reale - e qui sta il gioco della dinamica processuale e del principio di necessaria contestazione - chi produce il documento deve fornire ulteriori prove.

Qui la ricorrente ha prodotto nitidissime foto a colori da cui risulta senza alcun ombra di dubbio che la zona rappresentata è precisamente quella in cui è avvenuto il fatto, e da queste foto si evince chiaramente che al momento dei fatti, su un asfalto che appare appena rinnovato, non c'era alcuna striscia tracciata per terra, ed il cartello, quasi divelto, non era visibile dalla pubblica via. Ha perfino prodotto le foto successive (risalenti ad ottobre 2010) da cui risulta il rifacimento della segnaletica orizzontale e l'apposizione di una chiara striscia gialla sull'asfalto.

A fronte di queste produzioni il Comune avrebbe potuto contestare che le foto corrispondessero alla situazione reale al momento dei fatti, ad esempio allegando che il rifacimento della segnaletica era in realtà avvenuto prima della infrazione, cosa che avrebbe potuto anche dimostrare agevolmente. In quel caso si sarebbe potuta aprire un'istruttoria sul punto, ad esempio sentire chi ha scattato le fotografie oppure acquisire

la documentazione inerente il rifacimento della segnaletica. Oppure ancora effettuare un sopralluogo per verificare se davvero lo stato della segnaletica verticale era quello rappresentato dalla foto (cartello obliquo).

Invece il Comune si è limitato a invocare la fidejussione del verbale.

A fronte della sostanziale mancanza di una contestazione del fatto che le fotografie prodotte rappresentino la realtà, tali foto dimostrano senza dubbio quale fosse la situazione al momento del presunto illecito, ossia che mancava ogni segnaletica orizzontale e che quella verticale era costituita da un obliquo cartello orientato verso un palazzo. Non può quindi non condividersi il giudizio di inidoneità della segnaletica a rendere al cittadino noto che quella zona doveva essere riservata allo scarico merci.

Di conseguenza il ricorso deve essere accolto.

Attesa la peculiarità della causa ed il fatto che ogni valutazione e giudizio è per sua natura opinabile, e quindi neppure appare particolarmente censurabile l'operato dell'agente della Polizia Municipale che probabilmente non si è sentito in grado di disapplicare un divieto per il fatto dell'insufficiente segnalazione (e ugualmente il Comune ha opinato nel resistere all'opposizione), si ritiene equo compensare integralmente le spese di lite.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando in grado di appello, in totale riforma della sentenza impugnata, annulla il verbale di contestazione n. 0928394130 della Polizia Municipale di Genova del 9 luglio 2010.

Tribunale della Spezia, 1 febbraio 2011, Giudice Unico Pelosi – Luzi (Avv. Capezzone) c. Y (difesa in proprio) c. Fondiaria Sai S.p.A. (Avv. Precetti).

CONTRATTO in genere – contratto di assicurazione – clausola “claim made” – vessatorietà – requisiti – sussistenza.

(Artt. 1341, 2 e 1917 c.c.)

In tema di contratto di assicurazione per responsabilità nel caso in cui opera l'art. 1917 c.c. vengono indennizzati i danni determinati da errori professionali compiuti nel periodo in cui il contratto di assicurazione produceva i suoi effetti, mentre nel caso di clausola “claim made”, vengono indennizzati i danni cagionati per errori professionali a terzi per i quali il danneggiato ha formulato la richiesta nel periodo in cui il contratto produceva i suoi effetti. Ciò consente di indennizzare anche danni cagionati da condotte poste in essere prima della stipula del contratto “claim made” che ha quindi efficacia retroattiva.

Si è in presenza di un contratto tipico con clausola atipica, la cui vessatorietà va valutata in concreto ex art. 1341, c.c..

Conseguentemente la clausola “claim made”, che preveda un inizio e un termine della garanzia (cd. clausola “claim made” mista), che di fatto limiti la responsabilità dell'assicurazione, escludendo l'indennizzo ove manchi una richiesta di risarcimento avanzata dal terzo danneggiato prima della scadenza del periodo assicurativo, col solo scopo di escludere di escludere la responsabilità dell'assicuratore e subordinando il pagamento dell'indennizzo ad altre circostanze non strettamente pertinenti al sinistro ovvero a condotte dell'assicurato d'impossibile o particolarmente difficile attuazione, è da considerare vessatoria ex art. 1341 c.c. e per-

tanto inefficace, con la conseguenza che il contratto risulta disciplinato dalla previsione dell'art. 1917 c.c..

(Nella specie, in caso di responsabilità professionale dell'avvocato, il contratto prevedeva la tutela dei sinistri verificatisi nel corso della vigenza del contratto, rispetto ai quali la denuncia fosse fatta successivamente a) purchè denunciati entro 5 anni dalla scadenza del contratto e b) a condizione che l'assicurato avesse interrotto la propria attività professionale per morte o per cassazione dell'attività medesima).

FR.SCA.

(...Omissis...)

Motivi della decisione

1. Premessa in fatto.

Risulta pacifico che in data 7/1/92 Nello Proietti morì in un incidente stradale verificatosi a Pontremoli.

Alla guida del mezzo su cui Nello Proietti era trasportato, si trovava suo figlio, Paolo, il quale perse il controllo del mezzo in curva. Tale mezzo era stato noleggiato da Paolo Proietti presso l'Avis. Con sentenza pronunciata ex art. 444 c.p.p., in data 19/4/95 (irr. il 2/6/95), Paolo Proietti, imputato di omicidio colposo, fu condannato per la morte del padre (prod. 1 di parte convenuta). Paolo Proietti fu assistito nel procedimento penale dall'avv. Y. La sig.ra Luzi, moglie del defunto Nello Proietti, ha sostenuto di essersi rivolta all'avv. Y sin dal 1992 affinché questa, non solo assistesse il figlio nel procedimento penale conclusosi con la sentenza di cui sopra, ma anche la patrocinasse in sede civile per ottenere il risarcimento del danno patito a seguito della morte del congiunto.

La donna ha sostenuto, poi, di aver avuto rassicurazioni dalla professionista incaricata in ordine al fatto che la causa civile era stata instaurata. Insospettita del ritardo nella pronuncia della sentenza, aveva incaricato altro professionista per assumere informazioni.

Risulta pacifico che l'avv. Capezzone, incaricata dalla sig.ra Luzi, scrisse, in nome e per conto di questa, alla collega Y una prima volta in data 2/5/07 (prod 2 di parte attrice), chiedendo informazioni sulla “causa di risarcimento iniziata a seguito del sinistro in cui il marito...perse la vita”.

Non ricevendo risposte, inviò una missiva datata 7/11/07 nella cui intestazione si legge: “giudizio di risarcimento danni per morte del coniuge da incidente Luzi/Cisalpin+Proietti” ove l'avv. Capezzone fece riferimento alla lettera del maggio 2007 e ad una successiva telefonata evidenziando di non aver ancora ricevuto “la documentazione attestante lo stato del giudizio”, come, invece, scrisse, le era stato garantito nel corso dei colloqui. Nella lettera, il legale della sig.ra Luzi lamentò di aver svolto indagini presso il Tribunale di Massa e di Pontremoli, senza trovare traccia del procedimento in questione. Chiese, quindi, all'avv. Y la consegna di “tutta la documentazione relativa alla causa”. La lettera proseguiva, poi, con la revoca da parte della sig.ra Luzi del mandato conferito all'avv. Y “in merito al procedimento instaurato contro la Compagnia Cisalpina per il risarcimento danni relativi al sinistro da cui derivò la morte del proprio coniuge” (prod 3 di parte attrice).

Seguì la risposta dell'avv. Y in data 29/11/07 la quale, “preso atto delle decisioni della sig.ra Milvia Luzi”, si impegnò a trasmettere tutta la documentazione in suo possesso (prod. 4 di parte attrice).

In data 8/2/08, l'avv. Capezzone, per conto della sig.ra Luzi, scrisse un'altra missiva, lamentando di non aver ricevuto alcuna documentazione e si riservò di agire per il risarcimento

del danno derivante dalla mancata instaurazione del giudizio, anche in qualità di erede del figlio, nel frattempo deceduto (prod 5 di parte attrice).

Seguì la risposta dell'avv. Y datata 28/2/08, nella quale la professionista esclude di aver ricevuto dal sig. Paolo Proietti di promuovere azione di risarcimento danni, anche tenuto conto del fatto che la sua posizione di danneggiante era incompatibile con ogni domanda risarcitoria promossa da chi era stato giudicato responsabile dell'incidente. Precisò, infine, di aver inviato nell'interesse della sola sig.ra Luzi raccomandata alla Subalpina in data 27/9/93, destinata ad interrompere il termine di prescrizione (prod 1 di parte attrice).

Allo scambio epistolare, fece seguito l'instaurazione del presente giudizio.

Nella citazione, parte attrice ha sostenuto di aver conferito incarico sin dal 1992 all'avv. Y di tutelare il figlio nel procedimento penale e la stessa nel giudizio civile contro la compagnia assicuratrice; di aver ricevuto rassicurazioni sul fatto che la causa era stata instaurata e che era addirittura arrivata alla precisazione delle conclusioni; che, poi, aveva accertato, invece, che nessuna causa era mai stata instaurata; che il diritto al risarcimento era prescritto e che, quindi, era escluso ogni possibilità di proporre la relativa domanda in autonomo giudizio.

L'avv. Y si è costituita sostenendo di aver ricevuto incarico unicamente per tutelare Nello Proietti nel giudizio penale; di aver ricevuto incarico di tutelare civilisticamente l'attrice solo a far data dal 1995; di essersi attivata in via stragiudiziale per ottenere un indennizzo di £ 24.000.000 a favore di quest'ultima, in virtù della polizza infortuni Avis; di aver inviato ex L. 990/69 una raccomandata per chiedere alla Subalpina il risarcimento dei danni, fatta sottoscrivere dall'avv. Marchetti stante l'incompatibilità tra la sua posizione di difensore del figlio dell'attrice e quest'ultima; di non aver, poi, avuto più notizie dalla sig.ra Luzi, che, quindi, mai l'aveva incaricata di instaurare il giudizio; di aver avvertito la stessa sig.ra Luzi dell'imminente prescrizione del suo diritto fin dal settembre 1997. Ha, quindi, chiamato in giudizio le proprie compagnie assicuratrici, Fondiaria Sai e Ass.ni Generali spa, proponendo nei loro confronti domanda di manleva.

In corso di causa l'avv. Y ha, poi, rinunciato alla domanda di manleva proposta nei confronti della Generali.

2. La responsabilità dell'avvocato Y.

Solo in sede di precisazione delle conclusioni parte convenuta ha eccepito l'intervenuta prescrizione del diritto al risarcimento del danno fatto valere dalla sig.ra Luzi.

Trattandosi di eccezione in senso proprio, l'eccezione è stata proposta tardivamente e parte convenuta ex art. 167 c.p.c. ne è decaduta.

Si deve, quindi, passare al merito.

Alla luce di quanto sopra sintetizzato, parte attrice deve dimostrare:

- a) che aveva un diritto di credito nei confronti di terzi a titolo di risarcimento danni conseguente la morte del marito intervenuta in un incidente stradale;
- b) di aver conferito mandato all'avv. Y a tal fine;
- c) che questa, nell'esecuzione dell'incarico professionale ricevuto, fu inadempiente;
- d) che tale diritto non è più azionabile ed è, quindi, irrimediabilmente perduto;
- e) che tale inadempimento è stato causa della perdita del diritto al risarcimento del danno

a) *esistenza di un diritto di credito.*

Non è dubitabile che parte attrice fosse titolare di un diritto

al risarcimento del danno esercitabile nei confronti del conducente del veicolo e, ex art. 18 L. 990/69, nei confronti dell'impresa che assicurava il mezzo. Infatti, la responsabilità del conducente del mezzo è presunta ex art. 2054 c.c. e tale presunzione sussiste anche nel caso in cui sia danneggiato il trasportato (ciò a partire da Cass. 10629/98). Inoltre, la responsabilità del conducente ben poteva essere provata alla luce dei verbali della Polizia (prod. 8 di parte convenuta) e della sentenza pronunciata ex art. 444 c. p.c.

Riconosciuta la responsabilità del conducente, sussisteva una responsabilità ex art. 18 L. 990/69 a carico dell'impresa che assicurava il mezzo.

b) *Mandato all'avv. Y.*

L'attrice ha sostenuto di aver dato mandato all'avv. Y per essere da questa patrocinata nel giudizio di risarcimento del danno.

La circostanza deve ritenersi provata alla luce dei seguenti elementi:

tutti i testi ascoltati hanno sostanzialmente confermato che la sig.ra Luzi conferì mandato (giudiziale e stragiudiziale) all'avv. Y; questi hanno avuto conoscenza della circostanza o in quanto presenti al momento degli incontri di conferimento dell'incarico (Pagni e Luzi), o in quanto parlarono della causa con l'avv. Y (Granati e Cinzia Luzi). Tutti i testi hanno, poi, concordemente sostenuto, pur con le comprensibili improprietà di linguaggio dei non addetti al lavoro, che l'avv. Y disse in diverse occasioni che la causa era stata iniziata, descrivendo anche le diverse attività processuali svolte. Non è, neppure possibile ritenere che l'avv. Y si riferisse al giudizio penale instaurato nei confronti del figlio della sig.ra Luzi da lei tutelato su incarico di quest'ultimo, sia per le attività descritte dai testi riferite dall'avv. Y (ad es., "causa andata a sentenza"), sia in quanto i dialoghi di cui sopra tra i testi e l'avv. Y si riferivano a momenti successivi alla definizione del giudizio penale ed alla morte di Nello Proietti, figlio dell'attrice. La teste Pagni, cognata dell'attrice, ha sostenuto di aver presentato lei stessa all'attrice l'avv. Y; di essere sempre stata presente agli incontri tra le parti in causa; che la cognata chiese all'avv. Y, stante la sua lontananza dalla Spezia, di occuparsi di ogni cosa per il risarcimento, conferendole mandato giudiziale e stragiudiziale; che l'avv. Smeone le fece firmare diversi fogli in relazione alla pratica in esame; che l'avv. Y, in occasione di diversi incontri, parlò dei diversi sviluppi processuali finché nella seconda metà degli anni 2000, ad un incontro presso lo studio del professionista, questa disse che la causa era andata in decisione. Anche il teste Luzi, fratello dell'attrice, ha riferito che, sin dal primo incontro, venne dato incarico all'avv. Y di fare ogni cosa per il risarcimento del danno per la morte del marito nei confronti di un'assicurazione. Il dott. Granati, psicologo che aveva in cura la sig.ra Luzi ed amico di questa, telefonò all'incirca nel 2004 all'avv. Y, per aver informazioni sul processo. Lo stesso ha dichiarato di aver avuto conferme sull'instaurazione della causa e raggiugli sul suo sviluppo processuale. Anche la teste Cinzia Luzi ha sostenuto di aver incontrato casualmente l'avv. Y e di averla sentita parlare della causa che, a dire del professionista, "era a sentenza".

la stessa convenuta ha riconosciuto di aver ricevuto il mandato di rappresentanza e di difesa della sig.ra Luzi in sede civile nellestate del 1995 (pagg. 6 e 7 della comparsa), lamentando, poi, di non aver avuto più alcun contatto con la cliente che si era disinteressata della pratica, e non aveva versato alcun acconto.

Nello stesso scambio di corrispondenza sopra sintetizzato, emerge una condotta non chiara della professionista spezzina. A fronte delle richieste specifiche di informazioni in or-

dine alla causa pendente promossa contro la compagnia assicuratrice in relazione alla morte del marito dell'attrice ed a fronte della revoca del mandato da parte di quest'ultima, non vi fu mai una chiara presa di posizione dell'avv. Y volta a negare l'esistenza di un rapporto professionale o volta a negare di aver mai promosso un giudizio di cui l'avv. Capezone chiedeva notizie e informazioni.

La convenuta scrisse diverse lettere proprio al fine di ottenere l'indennizzo dovuto dalle assicurazioni che assicuravano l'Avvis ed il mezzo incidentato. Sul punto, si veda la prod. 3 di parte convenuta ove l'avv. Z dichiara di aver ricevuto mandato per il risarcimento dei danni dalla sig.ra Luzi. È pacifico che l'avv. Z scrisse per conto dell'avv. Y, come dalla stessa riconosciuto.

c) Inadempimento dell'avv. Y

Sussiste chiaramente una responsabilità dell'avv. Y. Infatti, questa lasciò che il diritto al risarcimento dell'attrice si prescriveva senza compiere alcun atto interruttivo della prescrizione com'era suo dovere. Trattasi di attività rientrante nella minima diligenza richiesta per ogni professionista. Sul punto, si vedano Cass. 24764/07 e Cass. 2694/78.

Inoltre, ed in ogni caso, era suo onere ex art 1375 c.c. avvisare la cliente:

- a) del fatto che il suo diritto era prossimo alla prescrizione, evidenziando le conseguenze di tale evenienza;
- b) del fatto che il professionista non avrebbe potuto tutelare la sig.ra Luzi, in quanto già difensore del danneggiante;
- c) delle reali azioni intraprese a tutela delle ragioni della cliente, onde consentire alla sig.ra Luzi di determinarsi in ordine alle scelte processuali più opportune.

Inoltre, nel caso di mancato pagamento o di impossibilità a interloquire con la cliente, l'avv. Y avrebbe dovuto rinunciare al mandato, previo compimento di tutte le attività essenziali per prevenire possibili danni alla propria cliente (Cass. 5325/93).

d) perdita definitiva e irreparabile del diritto

È ancora pacifico che il diritto di credito oggi non è più tutelabile.

Infatti, lo stesso risulta prescritto in data 2/6/97. Sul punto, si richiama la giurisprudenza dominante (Cass. 3762/07) secondo cui l'art. 2947, co. 3 c.c., nel fare riferimento alla sentenza irrevocabile di condanna, ricomprende anche la sentenza di patteggiamento. Ne discende che il diritto si è estinto per prescrizione 2 anni dopo il passaggio in giudicato della sentenza di cui sopra.

e) nesso di causalità

Non è dubbio, alla luce di quanto detto sopra, che fu l'inadempimento dell'avv. Y a pregiudicare le ragionevoli aspettative della sig.ra Luzi di ottenere il risarcimento del danno. Si è, infatti, detto che, qualora il diritto non si fosse prescritto a causa della negligenza della professionista, ragionevolmente parte attrice avrebbe potuto ottenere un significativo risarcimento del danno.

Da quanto detto, discende che l'avv. Y è responsabile della perdita del diritto al risarcimento del danno patito da parte attrice.

Sotto tale profilo, si deve procedere ad una determinazione equitativa del danno che presumibilmente sarebbe stato liquidato.

In talune sentenze si è sostenuto che il danno patito dal cliente del difensore deve essere proporzionalmente ridotto, tenendo conto dell'alea del giudizio e delle possibili incertezze in ordine all'accoglimento della domanda.

Tuttavia, nel caso di specie, non si procederà ad alcuna riduzione del danno riconosciuto dal momento che la giurisprudenza di cui sopra si riferisce alle ipotesi di perdita di chance, intesa come perdita della possibilità di realizzare un determinato risultato utile. Nel caso di specie, invece, non si verte nel campo della perdita di chance; all'opposto, vi è la certezza morale che, se la causa fosse stata instaurata prima del decorso della prescrizione, la relativa domanda di risarcimento sarebbe stata accolta. Non sono stati indicati elementi, infatti, che potessero mettere in dubbio l'accoglimento dell'eventuale domanda risarcitoria proposta per la perdita del congiunto.

In sostanza, c'è la prova che la condotta della professionista ha determinato la perdita effettiva ed irreparabile di un diritto di credito già facente parte del patrimonio dell'attrice e che questa vantava nei confronti della compagnia assicuratrice e del danneggiante.

La situazione è analoga a quella della perdita del diritto di credito a seguito della condotta di un terzo, già affrontata con esito positivo per il danneggiato dalla Cassazione sin dal celeberrimo caso Meroni; in questo caso, l'unico elemento di differenza è costituito dal fatto che il diritto di credito della sig.ra Luzi, consistente, come detto, nel risarcimento, è stato leso non da un terzo, bensì da un soggetto estraneo al rapporto risarcitorio, ma legato comunque alla sig.ra Luzi da un rapporto contrattuale.

Si ritiene che nella liquidazione equitativa non possa che tenersi conto delle più recenti acquisizioni giurisprudenziali, anche tenuto conto del fatto che non è possibile prevedere quando la causa sarebbe stata conclusa. Sotto tale profilo, quindi, si darà applicazione alle tabelle del Tribunale di Milano, destinate a trovare applicazione in tutti i Tribunali, ai sensi della più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass. 14402/11).

Sin dalla citazione parte attrice ha chiesto il risarcimento del danno non patrimoniale conseguente alla perdita del marito. Si deve, quindi, ritenere pienamente legittima una liquidazione del danno non patrimoniale che tenga conto di tutte sia degli aspetti morali che essenziali, senza alcuna violazione dell'art. 112 c.p.c. (sul punto Cass. 13179/11 e Cass. 24745/07). È, infatti, presumibile che la morte del marito abbia sconvolto in termini radicalmente negativi le abitudini di vita dell'attrice (sul punto Cass. 1052/11).

Sotto tale profilo, il danno non patrimoniale viene determinato in relazione alla media tra i minimi ed i massimi liquidabili secondo le tabelle del Tribunale di Milano, non essendo ovviamente possibile prevedere quali sarebbero stati i possibili sviluppi del giudizio di merito e tenuto conto dell'età dell'attrice al momento dell'incidente (65 anni; quella del marito è ignota). Il danno patito viene, quindi, determinato in euro 240.000,00, somma liquidata all'attualità e già comprensiva degli accessori di legge.

Tale somma viene liquidata ex art. 1226 c.c. all'attualità, per cui non sono dovuti ulteriori accessori di legge. Deve, invece, essere respinta la domanda di risarcimento danni patrimoniali, dal momento che non è stata adeguatamente specificato come ed in che misura il defunto contribuì al mantenimento della sig.ra Luzi, quanto questi guadagnasse, qual è l'ammontare della pensione di reversibilità ricevuta dall'attrice, ecc. (sulla necessità di una simile prova Cass. 23725/08).

3. La domanda di manleva dell'avv. Y nei confronti di Fondiaria Sai.

Si deve, a questo punto, decidere in ordine alla domanda di manleva proposta dalla convenuta. L'avv. Y, in data 10/1/92 stipulò, infatti, contratto di assicu-

razione con la Fondiaria SAI contro il rischio di responsabilità civile derivante dallo svolgimento dell'attività di procuratore legale. Il contratto avrebbe avuto vigenza dal 10/1/92 fino al 10/1/02. Il contratto fu poi prorogato fino a gennaio del 2004 quando venne "annullato" (non è chiaro che cosa le parti intendano; è, comunque pacifico che il contratto ha cessato di produrre effetti da tale data).

Il contratto in esame prevede espressamente, sotto la dizione "inizio e termine della garanzia", che "l'assicurazione vale: a) per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'Assicurato nel corso del periodo di assicurazione... b) per le richieste di risarcimento pervenute entro i 5 anni successivi alla cessazione dell'efficacia della polizza, quando questa sia intervenuta per decesso dell'assicurato o per cessazione volontaria dell'attività da parte dello stesso"

Occorre notare che esistono tre diversi criteri idonei a circoscrivere temporalmente l'ambito di operatività della garanzia assicurativa:

- 1) il primo tiene conto della causa originaria del danno (act committed);
- 2) il secondo fa riferimento al momento di manifestazione del danno (clausola loss occurrence); in tale ipotesi, l'epoca dell'azione che ha causato l'evento resta indifferente e può essersi determinata anche prima dell'inizio della polizza assicurativa, mentre è la manifestazione del danno che deve avvenire nel periodo di validità del contratto (principio della sopravvenienza del danno);
- 3) il terzo, derogando al disposto dell'art. 1917 c.c., secondo cui la copertura assicurativa opera con riferimento agli eventi accaduti durante il periodo di validità temporale della garanzia, tiene conto della richiesta di risarcimento (clausola claims made).

Quest'ultima è l'ipotesi che ci interessa. Infatti, le parti hanno dato per pacifica tale interpretazione del contratto tra le stesse stipulato.

L'assicurazione, quindi, "copre" tutti i sinistri rispetto ai quali la richiesta di risarcimento sia stata formulata per la prima volta nel periodo di vigenza dell'assicurazione (che, come detto, va dal gennaio 1992 fino al gennaio 2004), a prescindere dal momento di verifica del sinistro.

Sotto tale profilo, considerato che ciò che assume rilievo è unicamente la data della denuncia del sinistro, essendo pacifico che la richiesta da parte della sig.ra Luzi è successiva alla scadenza dell'efficacia del contratto di assicurazione, in quanto, come detto sopra, è intervenuta, per la prima volta, nel 2008, ne discende che la domanda di manleva proposta dall'avv. Y non potrebbe essere accolta.

Sul punto, però, è necessario primariamente affrontare due distinte questioni, entrambe rilevabili d'ufficio.

Alcuni importanti Tribunali (Roma e Genova; si vedano le sentenze Tribunale di Genova, Sez. II, 16 aprile 2008 in *Danno e resp.*, 2009, 69 e Trib. Roma 1° agosto 2006, n. 16975 in www.lex24.guidaaldiritto.com) hanno sostenuto che il contratto di assicurazione di claims made sarebbe nullo per difetto di causa.

Tuttavia, tale giurisprudenza risulta superata dalla pronuncia della Corte di Cassazione 5624/05 secondo cui la clausola in esame è perfettamente legittima. La validità del contratto in esame, del resto è confermata dalla giurisprudenza di merito dominante (si veda la giurisprudenza richiamata dalla terza chiamata in memoria conclusionale, oltre al più recente Tribunale di Milano Trib. Milano, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 2738).

A tale orientamento aderisce anche lo scrivente.

In primo luogo, si deve evidenziare che la clausola in esame può rispondere anche all'interesse dell'assicurato: sotto un

primo profilo, in quanto ancora il sinistro indennizzabile ad un dato oggettivo, qual è appunto la richiesta di risarcimento del terzo, evitando, quindi, di dover accertare quando materialmente questo si è verificato, in particolar modo quando il danno e la condotta non siano contestuali così come nel caso di specie, in cui si imputa all'avv. Y essenzialmente una condotta omissiva. In tal modo, nel caso in cui si siano succeduti nel tempo diversi contratti di assicurazione, si identifica sulla base di un criterio oggettivo certo chi, tra le diverse compagnie, è tenuto all'indennizzo. In secondo luogo, ancorandosi l'obbligazione dell'assicuratore alla richiesta del terzo danneggiato, si garantisce l'attualità del massimale, evitando che questo, ove fosse legato al momento della stipula del contratto, risulti incongruo. Così, ad esempio, nel caso di specie, non si può non considerare la maggior attenzione al danno alla persona degli ultimi anni che ha portato la giurisprudenza a liquidare somme ben superiori a quelle liquidate negli anni passati.

Sempre a sostegno della validità di tale tipologia contrattuale, peraltro largamente in uso nel contesto internazionale, si deve evidenziare che è vero che questo deroga a quanto previsto all'art. 1917, 1° co., c.c., a mente del quale il contratto di assicurazione copre i rischi relativi ai fatti che si verificano durante il periodo di esplicazione degli effetti della polizza assicurativa, a prescindere, dunque, dalla dislocazione temporale della richiesta risarcitoria. Tuttavia, tale deroga è da ritenersi del tutto legittima, come precisato dalla Corte di Cassazione, non figurando l'art. 1917, 1° co., c.c., tra le disposizioni considerate inderogabili dall'art. 1932 c.c.

Parte della giurisprudenza ha, poi, ritenuto che il contratto in esame sarebbe nullo, in quanto avrebbe ad oggetto un rischio putativo. Secondo questa impostazione, infatti, l'assicurato, per effetto della clausola claims made, beneficerebbe di copertura assicurativa della propria responsabilità civile per fatti già commessi al momento della stipula del contratto.

Ai sensi dell'articolo 1895 c.c., il rischio deve essere - oltre che futuro e incerto - preesistente al contratto, a pena di nullità. Al contempo, si precisa che le ipotesi in cui il rischio putativo è assicurabile sono eccezionali (artt. 514 e 1021 c.n.). In realtà, il rischio tutelato è comunque esistente al momento della stipula del contratto. Infatti, è solo con la richiesta di risarcimento avanzata dal danneggiato che questo diviene attuale e concreto.

Il rischio preso in considerazione dall'assicurazione per responsabilità civile, infatti, è quello consistente in un possibile depauperamento del patrimonio dell'assicurato, depauperamento che deriva dall'obbligazione incombenente sull'assicurato di risarcire i danni, obbligazione derivante da illecito sia contrattuale che extracontrattuale.

È, quindi, solo con tale richiesta che si verifica l'esposizione del patrimonio dell'assicurato al pericolo di depauperamento. Infatti, come posto in rilievo dalla dottrina, la richiesta di risarcimento, e soprattutto il pagamento del risarcimento, non è una conseguenza "inevitabile" del fatto illecito: vuoi perché la vittima può decidere di non azionare alcuna pretesa (per scelta o per ignoranza); vuoi perché può essere risarcita oppure indennizzata da altri soggetti; vuoi perché può lasciare prescrivere il proprio diritto; vuoi perché può decidere di agire contro un altro coobbligato solidale. È solo, quindi, con la richiesta di risarcimento da parte del danneggiato all'assicurato che il rischio assicurato diviene concreto.

Riconosciuta l'ammissibilità del contratto di assicurazione

prodotto in atti dalla terza chiamata, si deve, a questo punto, valutare se la clausole claim made sia o meno vessatoria ex art. 1341, co. 2 c.c. come sostenuto da parte convenuta.

L'eccezione in questione non è soggetta a preclusioni di sorta e ben può la vessatorietà essere rilevata d'ufficio in ogni fase e grado del procedimento (Cass. 16394/09).

Ai sensi dell'art. 1341 c.c., sono vessatorie, tra le altre, le clausole costituenti condizioni generali di contratto che prevedono limitazioni di responsabilità a beneficio del contraente che le ha predisposte. La vessatorietà comporta la necessità di una specifica sottoscrizione, a pena di inefficacia della clausola medesima.

Si deve, quindi, valutare se la clausola sopra riportata sia o meno inquadrabile in tale fattispecie.

Sul punto, va ricordato l'orientamento, ormai costante, della Suprema Corte secondo cui *"nel contratto di assicurazione sono da considerare clausole limitative della responsabilità, per gli effetti dell'art. 1341 c.c. quelle che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito, mentre attengono all'oggetto del contratto le clausole che riguardano il contenuto e i limiti della garanzia assicurativa e, dunque, specificano il rischio garantito"* (Cass. civ., sez. III, 10.11.2009, n. 23741; Cass. civ., sez. III, 29.5.2006, n. 12804).

Nell'applicazione concreta di tale principio al caso di specie, al momento, nel panorama giurisprudenziale maggioritario si è sostenuto che la clausola claims made "pura" non è vessatoria, mentre dubbi rimangono in relazione a quella mista (che prevede dei limiti temporali alla retroattività dei rischi garantiti ante stipula del contratto).

La Corte di Cassazione, nell'unico precedente sopra segnalato relativo al contratto di assicurazione claims made, non ha specificamente preso posizione, limitandosi a rimettere al giudice di merito la valutazione concreta della vessatorietà di clausole analoghe a quelle qui in esame.

Preliminarmente, ritiene lo scrivente che dovrebbe escludersi che possa parlarsi di vessatorietà della clausola in esame se si aderisce alla tesi secondo cui il contratto di assicurazione con la clausola claims made è un contratto atipico, come sostenuto dalla Corte di Cassazione in un obiter dictum, nella sent. 5624/05. Infatti, stando a quanto sostenuto dalla Cassazione, la clausola in esame connoterebbe il suddetto contratto sul piano causale, tanto da trasformare il contratto di assicurazione in contratto atipico. Al contempo, i contratti atipici sono ammissibili se meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico ex art. 1322 c.c. Ne discende che, se la clausola in esame fosse vessatoria, dal momento che questo connota tale tipologia contrattuale, quest'ultima non sarebbe meritevole di tutela.

Oltre tutto, non avrebbe senso sostenere che la clausola in esame limita la responsabilità dell'assicurazione; infatti, tale affermazione presuppone necessariamente un raffronto rispetto ad un contratto astratto che prevede una responsabilità dell'assicuratore non "limitata". Ma tale modello di riferimento non può certo essere il contratto di assicurazione ex art. 1917 c.c.; infatti, che senso ha confrontare su tale piano due tipologie contrattuali differenti?

In realtà, come ben precisato da Trib. Milano 3527/10, il contratto in esame è tipico, ben potendo essere inquadrato nell'assicurazione della responsabilità civile. Del resto, secondo la Suprema corte *"l'elemento in base al quale si può ravvisare un contratto innominato non consiste nella mera e occasionale difformità di uno degli elementi che, secondo lo schema legale di un contratto tipico, ne costituisce una componente strutturale costante, ma l'essere il rapporto del tutto estraneo al tipo normativo,*

perché trae le proprie ragioni di essere dall'adeguamento degli strumenti giuridici alle mutevoli esigenze della vita sociale e dei rapporti economici" (Cassazione 3645/69).

Nel caso di specie, non muta il rischio garantito, in quanto, come indicato dal Tribunale di Milano, *"oggetto della copertura assicurativa"*, tanto nel contratto ex art. 1917 c.c. quando nel contratto claim made *"rimane il fatto colposo deodotto in polizza"*. Infatti, l'assicurazione della responsabilità civile verso terzi ha come causa contrattuale quella di tenere indenne l'assicurato di quanto questi sia obbligato a pagare, quale civilmente responsabile, dei danni cagionati involontariamente a terzi nello svolgimento di una determinata attività; ha luogo, quindi, un trasferimento sull'assicuratore dei rischi derivanti da illeciti contrattuali ed extracontrattuali relativi ad una condotta omissiva ovvero commissiva.

Tale trasferimento del rischio è riscontrabile anche nel caso di specie.

Si deve, quindi, concludere che non ci si trova in presenza di un contratto atipico, bensì di un contratto tipico con clausola atipica.

Fatta tale doverosa premessa, ritiene lo scrivente che le clausole *"inizio e termine della garanzia"* nelle lettere a) e b) sopra riportate siano vessatorie ex art. 1341, co 2 c.c.

La giurisprudenza che ha negato la natura vessatoria di clausole di claims made lo ha fatto ponendo in rilievo che, rispetto al contratto di assicurazione tradizionale, non c'è una differenza quantitativa dei sinistri indennizzabili, ma qualitativa. In sostanza, l'assicurazione è tenuta al pagamento dell'indennizzo non in meno ipotesi, bensì in situazioni diverse. Infatti, nel caso in cui opera l'art. 1917 c.c., come detto, vengono indennizzati i danni determinati da errori professionali compiuti nel periodo in cui il contratto di assicurazione produceva i suoi effetti, mentre nel caso di clausola claims made vengono indennizzati i danni cagionati per errori professionali a terzi per i quali il danneggiato ha formulato la richiesta nel periodo in cui il contratto produceva i suoi effetti. Ciò significa che la clausola claims made consente di indennizzare anche danni cagionati da condotte poste in essere prima della stipula del contratto claims made che, ha, quindi, un'efficacia retroattiva, efficacia retroattiva che, evidentemente, opera a vantaggio dell'assicurato che, quindi, non si vede come potrebbe essere vessato.

Ricomprensando i casi "coperti" dall'assicurazione tradizionale e quelli "coperti" dall'assicurazione claims made in due cerchi, per usare un'immagine insiemistica, potremmo dire che i casi per cui è dovuto l'indennizzo per l'uno o per l'altro contratto, non darebbero vita a due cerchi concentrici, in cui, cioè, i casi indennizzati dal contratto tradizionale ricomprendono quelli oggetto del contratto in esame, ma, all'opposto, i due cerchi delimitanti l'ambito di applicazione di ciascun contratto si interseccherebbero. Infatti, vi sono una serie di casi indennizzati sia dal contratto ex art. 1917 c.c. che da quello claims made (si pensi ai sinistri verificatisi e denunciati durante la vigenza del contratto), mentre vi sono altri casi garantiti solo dal primo contratto (i sinistri verificatisi durante la vigenza del contratto e non denunciati dal danneggiato in tale arco di tempo) ed altri tutelati solo dal secondo (i sinistri verificatisi prima della stipula del contratto, ma denunciati dopo e comunque durante la vigenza del contratto medesimo).

Ma è davvero così?

La risposta deve essere negativa; la vessatorietà va, infatti, valutata in concreto. I cerchi di cui sopra, a giudizio dello scrivente sono concentrici, in quanto quello del contratto di as-

sicurazione ex art. 1917 c.c. ricomprende quello del contratto in esame.

Nel caso di specie, emerge chiaramente che le ipotesi di sinistri indennizzati dalla clausola claims made e non dal contratto di assicurazione ex art. 1917 c.c. sono di fatto praticamente nulli.

Ciò è evidente ove si consideri che la clausola claims made rende indennizzabili i sinistri verificatisi prima della stipula del contratto, con effetto retroattivo; tuttavia, i rischi assunti dall'assicurazione sono praticamente nulli, ove si consideri che l'assicurato è tenuto ex art. 1892 e 1893 c.c. e sulla base dell'esplicita clausola contrattuale a dichiarare di "non essere a conoscenza di alcun elemento che possa far presumere il sorgere di un obbligo di risarcimento del danno in ordine ai comportamenti posti in essere nel periodo anteriore alla stipula del contratto". Ciò significa che l'assicurazione potrà essere chiamata a versare l'indennizzo solo per sinistri ignorati senza colpa dall'assicurato al momento della stipula del contratto. Tuttavia, si deve considerare che per il disposto dell'art. 2236 c.c., l'avvocato risponde solo nel caso di grave incuria o di ignoranza di legge grave, esclusa ogni responsabilità nel caso di questioni opinabili, e che la sua attività gode di un immediato riscontro processuale nella stragrande maggioranza dei casi (con le eccezioni della controparte ed i provvedimenti del giudice). È, quindi, evidente che le ipotesi in esame sono rarissime, se non nulle. Non si vede, infatti, come l'avvocato possa compiere un errore grave senza accorgersene.

È, quindi, evidente che la clausola sub a) non ha la funzione di consentire di indennizzare sinistri non indennizzabili ex art. 1917 c.c., bensì ha la sola funzione di delimitare la responsabilità dell'assicurazione.

Per quanto, poi, riguarda la clausola sub b) del contratto di assicurazione in esame, si osserva che, mentre il contratto di assicurazione ex art. 1917 c.c. prevede una tutela per l'assicurato per tutti i sinistri verificatisi durante la vigenza contrattuale, anche se denunciati dopo la sua scadenza, entro i limiti della prescrizione del diritto al risarcimento, all'opposto, il presente contratto tutela solo i sinistri verificatisi nel corso della vigenza del contratto rispetto ai quali la denuncia sia stata fatta successivamente purché a) denunciati entro un limite temporale di 5 anni dalla scadenza del contratto e b) a condizione che l'assicurato abbia interrotto la propria attività professionale o per morte o per cessazione dell'attività medesima.

La limitazione temporale dell'operatività della garanzia al tempo di vigenza del contratto ne impedisce il funzionamento per quanto accade dopo la scadenza del contratto, costringendo spesso l'utente a stipulare polizze aggiuntive, definite anche sunset clauses, che prolungano l'efficacia del contratto, a fronte, però, di ulteriori costi.

Sotto tale profilo, e concludendo, va ricordato che la dottrina, sulla base dell'analisi della giurisprudenza, ha precisato che "sono clausole limitatrici di responsabilità, dunque, quelle che in qualche modo incidono sugli elementi costitutivi della responsabilità negoziale: scostamento dal programma contrattuale, colpa, nesso causale, danno risarcibile. Si ha delimitazione dell'oggetto del contratto, invece, quando la clausola negoziale non ha l'effetto di escludere una responsabilità che sarebbe altrimenti sorta, ma ha il diverso scopo di stabilire quali siano gli obblighi concretamente assunti dalle parti, e quindi di fissare i limiti della garanzia assicurativa, specificando il rischio garantito (così Cassazione, terza sezione, 1430/02, in Giust. civ., 2002, I, 1895; Cassazione 1374/75, in Assicurazioni, 1975, II, 2, 57). In applicazione di questo principio, debbono ritenersi delimitatrici del rischio, e dun-

que non vessatorie, tutte le clausole che stabiliscono quali debbano essere le concrete modalità di accadimento del sinistro (tempo, luogo, causa, effetti, autore). Le clausole che invece non determinano le modalità del sinistro, ma subordinano il pagamento dell'indennizzo ad altre circostanze, non strettamente pertinenti al sinistro, ovvero a condotte dell'assicurato d'impossibile o particolarmente difficile attuazione, debbono ritenersi vessatorie (Cassazione, prima sezione, 8643/94, in Arch. circolaz., 1995, 529).

Tale è la situazione riscontrabile nel caso di specie, in cui dal confronto tra la disciplina del contratto in esame e quello tradizionale emerge che il primo aggiunge una ulteriore condizione per il pagamento dell'indennizzo, e, cioè, che la relativa richiesta sia pervenuta all'assicurato nel periodo di efficacia del contratto.

La clausola in esame, dunque, come sostenuto in dottrina "non stabilisce quali debbano essere le modalità di accadimento del fatto dannoso perché l'assicuratore possa essere chiamato a tenere indenne l'assicurato, ma esclude il diritto all'indennizzo (che astrattamente spetterebbe all'assicurato in conseguenza di un fatto dannoso del tutto corrispondente a quelli previsti dalla polizza) ove manchi una richiesta di risarcimento avanzata dal terzo danneggiato prima della scadenza del periodo assicurativo. La clausola, pertanto, ha lo scopo di escludere una responsabilità dell'assicuratore astrattamente già sorta, e non quello di fissare limiti temporali all'obbligazione dell'assicuratore".

Del resto, si veda Cass. 4634/97 che ha sostanzialmente affermato che deve ritenersi vessatoria la clausola che abbia l'effetto di escludere la responsabilità dell'obbligato per fatti verificatisi all'interno dei limiti temporali di vigenza del contratto, e dei quali dovrebbe altrimenti rispondere.

Tale conclusione risulta coerente con la ratio dell'art. 1341 co. 2 c.c. il cui scopo è quello di indurre il contraente debole, a porre particolare attenzione, tramite, appunto, la specifica sottoscrizione, alla clausola prevista nelle condizioni generali che aggrava la sua condizione.

Si deve, a questo punto, valutare quali sono le conseguenze derivanti dalla mancata sottoscrizione.

La clausola è inefficace.

Ne discende che viene meno la efficacia della clausola "inizio e termine della garanzia", con la conseguenza che il presente contratto risulta disciplinato dalla previsione dell'art. 1917 c.c. Considerato che, pacificamente, il sinistro si è verificato durante la vigenza del contratto e che, quindi, non assume alcuni rilievo il momento della richiesta di risarcimento, ex art. 1917 c.c., la Fondiaria Sai è tenuta a manlevare parte convenuta di quanto questa dovrà versare in esecuzione della presente sentenza, con lo scoperto di 1/10 che, per effetto di quanto previsto a pag. 8 delle condizioni generali di contratto, rimane a carico del professionista.

Le spese di lite seguono la soccombenza nei rapporti tra l'avv. Y e la sig.ra Luzi.

Nei rapporti tra l'avv. Y e la compagnia assicuratrice, invece, vengono compensate, tenuto conto dei contrasti giurisprudenziali evidenziati nell'interpretazione della clausola claims made.

P.Q.M.

Condanna Y a pagare a Milvia Luzi la somma di euro 240.000,00;

Condanna Fondiaria Sai a manlevare Y di quanto dovrà pagare in esecuzione del capo di cui sopra, nei limiti della somma di euro 216.000,00;

(... Omissis...)

Tribunale di Genova, sez. I civ., 16 febbraio 2012, n. 642 - Giudice Unico Braccialini – D. P. s.a.s. (Avv. Olcese) c. L. Q. C. s.r.l. in liquidazione (Avv. Petrelli).

CONTRATTO in genere – vendita con riserva della proprietà – inadempimento dell'acquirente – azione di adempimento del venditore.

(Artt. 1523, 1524, 1525, 1526 c.c.)

PROCEDIMENTO civile – responsabilità aggravata – presupposti – criterio di liquidazione del danno da cd. lite temeraria.

(Art. 96 c.p.c.)

Ha natura meramente defatigatoria e pretestuosa, dunque da respingersi in quanto infondata, l'opposizione a decreto ingiuntivo che sia esclusivamente giustificata da pretesi effetti restitutori di buona parte della quota prezzo già corrisposta, allorquando la creditrice procedente non abbia in realtà agito per la risoluzione del rapporto contrattuale di vendita di azienda con riserva della proprietà, rimasto pacificamente inadempito per ciò che concerne il saldo del prezzo previsto, ma abbia invece percorso la strada ingiunzionale per ottenere esclusivamente il saldo del prezzo non ancora percepito.

Il fatto che la vendita sia sottoposta a riserva di proprietà non esclude di certo la possibilità per il creditore di giovare della sola azione di adempimento, ciò comportando la rinuncia ad avvalersi della garanzia costituita dalla titolarità del bene ceduto, il quale rimane così definitivamente acquisito al patrimonio del compratore inadempiente.

L'opposizione a decreto ingiuntivo in oggetto non si fonda su alcun valido presupposto ma è esclusivamente finalizzata a dilazionare nel tempo la giusta pretesa creditoria della parte venditrice. Siffatta tipologia di strategia processuale, meramente dilatoria e pretestuosa, costituisce uno strumento di abuso processuale che non può non ricadere sotto la sanzione della novellata disposizione di cui all'art. 96 c.p.c., per la cui liquidazione in concreto giova la seguente considerazione.

Lo Stato, per riconoscere il diritto ad una ragionevole durata del processo, si è dotato di un apparato normativo: la legge n. 89 del 2001 (cd. Legge Pinto). In base ad essa, vengono indennizzati in modo forfettario i pregiudizi di tipo non patrimoniale relativi al superamento del termine ritenuto congruo in sede europea per la durata ragionevole dei procedimenti.

Si tratta di una responsabilità da esercizio di una funzione sovrana che prescinde dall'accertamento della neghittosità dei protagonisti del processo o da altri accidenti "colpevoli".

Pertanto, un ristoro pari almeno al doppio di quanto riconosciuto in sede applicativa della legge Pinto, per ogni anno di giudizio (o frazione di esso) in cui la parte vittoriosa è stata costretta ad agire o a resistere di fronte ad una pretesa infondata della controparte soccombente, è tecnica liquidatoria che pare attagliarsi perfettamente al tipo di pregiudizio non patrimoniale contemplato dal nuovo art. 96 c.p.c.

(Nel caso di specie, poiché la locale Corte d'Appello riconosce per ogni anno di durata ingiustificata del processo la somma di euro 750,00 per il primo triennio ed essendo il procedimento di opposizione durato 16 mesi, si è ritenuto di dovere conseguentemente disporre la condanna dell'opponente a corrispondere alla creditrice opposta la somma di euro 2000,00 per il periodo di pendenza del giudizio (derivanti dalla seguente operazione matematica: Euro 750,00 x 2 : 12mesi x 16 mensilità).

F. RPT.

(...Omissis...)

In fatto e diritto

Con ricorso monitorio la srl Le Quattro Caravelle chiedeva ed otteneva ingiunzione di pagamento n. 2639/2010 per euro 53.908,39 nei confronti della soc. Don Pedro Sas di Davide Manfredini e del medesimo predetto accomandatario a titolo di saldo del prezzo stabilito per la cessione di azienda (esercizio di ristorazione), pattuita con riserva di proprietà relativamente al locale condotto in Genova, c.so Sardegna 110-112r.

Interposta opposizione, Don Pedro Sas ed il suo accomandatario contestavano la circostanza che l'avvenuta risoluzione del rapporto per effetto del mancato pagamento del prezzo avrebbe dovuto comportare la restituzione di apprezzabile quota parte del corrispettivo corrisposto.

La creditrice ingiungente, per parte sua, precisava di aver esercitato la sola azione di adempimento e di non aver mai richiesto la risoluzione, anche per essere cessata l'attività produttiva.

Concessa la provvisoria esecutorietà del decreto e ritenuta la causa istruita su base documentale, il procedimento veniva definito nelle forme dell'art. 281 sexies c.p.c. all'udienza del 9.2.2012 ed in data odierna.

Ciò posto, non può che convenirsi con la difesa de Le Quattro Caravelle circa la pretestuosità e la natura defatigatoria dell'opposizione, una volta chiarito – come già sommariamente anticipato nell'ordinanza concessiva della provvisoria esecutorietà del decreto – che non si sta discutendo circa gli effetti restitutori di una risoluzione contrattuale.

La creditrice procedente non ha agito infatti per la risoluzione del rapporto contrattuale di vendita di azienda, rimasto pacificamente inadempito per ciò che concerne il saldo del prezzo previsto, ma ha percorso la strada ingiunzionale per ottenere esclusivamente il saldo del prezzo non ancora percepito.

Da tale specifico angolo visuale, il mancato pagamento di parte del prezzo è circostanza che neppure Don Pedro e Manfredini contestano per l'ammontare portato dall'ingiunzione di pagamento: la difesa svolta dalle parti oppponenti riguarda esclusivamente profili in diritto, che non hanno la minima pertinenza con il tipo di domanda azionata.

Infatti, le pretese restitutorie degli acquirenti presuppongono l'inadempimento da parte del venditore, circostanza che non si registra minimamente, visto che l'unico soggetto venuto meno agli obblighi contrattuali è la società acquirente, la quale non ha corrisposto quasi 54 mila euro.

In altri termini, Manfredini e Don Pedro Sas non possono giovare di effetti a loro favorevoli che deriverebbero dalla risoluzione del contratto, quando è stata la stessa società debitrice a lasciare inadempita la prestazione pecuniaria promessa.

Il fatto che la vendita fosse sottoposta a riserva di proprietà non elide certo la possibilità per il creditore di giovare della sola azione di adempimento, il che comporta la rinuncia ad avvalersi della garanzia costituita dalla titolarità del bene ceduto, il quale rimane per effetto di tale scelta definitivamente acquisito al patrimonio del compratore.

Vi sarebbe poi da considerare che, nella prospettiva di un credito verso il venditore che dovesse derivare da una impraticabile risoluzione, la società acquirente ed il Manfredini dovrebbero considerare anche il risarcimento del danno derivato dall'inadempimento; danno, che dovrebbe comprendere anche la negativa gestione aziendale del locale ad opera di Don Pedro, conclusasi con la completa cessazione dell'attività commerciale.

Ne discende la palese infondatezza dell'opposizione con le connesse statuizioni di cui al dispositivo circa le sorti del titolo esecutivo.

Ricorrono gli estremi applicativi dell'art. 96 c.p.c., come richiesto da Le Quattro Caravelle, per i cui presupposti e natura si rimanda alla decisione n. 3144 resa dallo scrivente in data 12.9.2006 in causa Galasso c. Marino E Royal & Sun; non senza segnalare il dato di novità costituito dall'ultima riforma della norma data con L. 69 del 2009, che ha svincolato il danno da lite temeraria dalle angustie liquidatorie, che per decenni ne hanno paralizzato l'utilizzo nei congrui casi.

L'opposizione qui decisa non si basava su alcun valido presupposto ma – invertendo i termini delle questioni ed obliando *in toto* la responsabilità esclusiva dell'acquirente – appariva indirizzata solo a dilazionare nel tempo la giusta pretesa creditoria della venditrice. Una strategia non infrequente in una realtà giudiziaria nazionale che ha poco invidiabili primati quanto a volumi del contenzioso, nella quale sovente la tutela giudiziaria si risolve in un abuso del processo e pertanto tale genere di comportamento non può non ricadere sotto la sanzione della novellata disposizione, per la cui liquidazione in concreto giova la seguente considerazione.

Lo Stato, per riconoscere il diritto ad una ragionevole durata del processo, si è dotato di un apparato normativo “interno” dopo le plurime condanne riportate presso la Corte dei diritti dell'uomo: la L. 89 del 2001 (cd. Legge Pinto). In base ad essa, vengono indennizzati in modo forfettario i pregiudizi di tipo non patrimoniale relativi al superamento del termine ritenuto congruo in sede europea per la durata ragionevole dei procedimenti.

Si tratta di una responsabilità da esercizio di una funzione sovrana che prescinde dall'accertamento della neghittosità dei protagonisti del processo o da altri accidenti “colpevoli”. Pertanto, un ristoro pari almeno al doppio di quanto riconosciuto in sede applicativa della L. 89, per ogni anno di giudizio (o frazione) in cui la parte vittoriosa è stata costretta ad agire o resistere di fronte ad una pretesa infondata della controparte soccombente, è tecnica liquidatoria che pare attagliarsi perfettamente al tipo di pregiudizio non patrimoniale contemplato dal nuovo art. 96 c.p.c.

Nella specie, l'opposizione risale al settembre 2010 e l'odierno giudizio viene definito dopo un anno e quattro mesi dalla radicazione della causa. Noto essendo che la locale Corte del merito riconosce per ogni anno di durata ingiustificata del processo la somma di euro 750 per il primo triennio, si ritiene di dover conseguentemente disporre la condanna dell'opponente a corrispondere alla creditrice opposta la somma di 2000 euro per il periodo di pendenza dell'odierno giudizio (Euro750x2:12mesi per 16 mensilità). Le spese di lite seguono la soccombenza, dimensionate in base al valore della causa e tenendo conto della particolare contrazione della fase istruttoria.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, ogni altre domanda, eccezione o difesa respinta, respinge l'opposizione di Don Pedro Sas e del Manfredini e per l'effetto conferma il decreto 2639/10 opposto per capitale, accessori e spese e per la relativa esecutività.

Ritenuta la responsabilità aggravata delle parti opposti, le condanna a corrispondere in solido alla Società opposta la somma di euro 2000 in valuta data odierna.

(... *Omissis*...)

Tribunale di Genova, sez. III civ., 27 ottobre 2011 – Giudice Unico Vinelli - F.S.C.I. (Avv.ti Durelli e Damonte) c. Amministrazione dell'Economia e delle Finanze e Agenzia del Demanio.

COSA GIUDICATA CIVILE – giudicato sulla giurisdizione – pronuncia del giudice ordinario di merito o del giudice amministrativo limitata alla sola giurisdizione – efficacia di giudicato esterno al processo – esclusione – condizioni e limiti.

(Art. 2909 c.c.; art. 37 c.p.c.)

COMPETENZA civile – controversia tra privato e P.A., sulla proprietà di un terreno in prossimità di un corso d'acqua – incompetenza per materia – esclusione – presupposti.

(Art 9. c.p.c., art. 140 r.d. 11 dicembre 1993, n. 1775)

A differenza delle sentenze delle sezioni Unite della Corte di Cassazione alla quale per la funzione istituzionale di organo regolatore della giurisdizione spetta il potere di adottare decisioni dotate di efficacia esterna (cosiddetta efficacia panprocessuale), le sentenze dei giudici ordinari di merito così come quelle dei giudici amministrativi sono idonee ad acquistare autorità di giudicato (esterno) anche in tema di giurisdizione e di spiegare, conseguentemente, i propri effetti anche al di fuori del processo nel quale siano state adottate, solo quando in esse la decisione - sia pure implicita - sulla giurisdizione si rapporti ad essa, collegandosi con una statuizione di merito. (Cfr. Cass. 16779/2005)

(Nella specie il Giudicante ha respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dal convenuto sulla scorta di due sentenze rispettivamente del Tribunale Superiore delle Acque di Torino e del Tribunale di Sanremo che avevano dichiarato rispettivamente la prima il proprio difetto di giurisdizione in favore del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche e la seconda propria incompetenza per materia in favore del Tribunale delle Acque di Torino).

La controversia vertente tra un privato e al pubblica amministrazione in ordine all'appartenenza di un terreno ubicato in prossimità di un corso d'acqua pubblica è devoluta alla competenza del Tribunale ordinario solo quando non sia contestato o risulti a priori in modo certo che il terreno stesso si trovi al di fuori del perimetro massimo invaso dal corso d'acqua. Al contrario, qualora l'amministrazione deduca la comprensione del bene nell'alveo del fiume, ovvero si renda comunque necessaria e pregiudiziale l'esatta delimitazione dell'alveo medesimo, va affermata la competenza del Tribunale regionale delle acque ai sensi dell'art. 140 r.d. 11 dicembre 1933 n. 1775. (Cfr. Cass. 13/1978)

(Nella specie il Giudicante ha ritenuto sussistere la competenza del giudice ordinario, respingendo l'eccezione di incompetenza per materia sollevata dal convenuto, avendo la controversia ad oggetto la natura antropica o naturale delle terre emerse a margine di un corso d'acqua pubblica e confinanti con terreni di proprietà degli attori dei quali questi ultimi chiedevano ex art. 941 c.c. – nella formulazione antecedente la novella della L. 37/1994 - di essere dichiarati proprietari in virtù di acquisizione per accessione, essendo certo sulla base della documentazione agli atti che i terreni erano estranei all'alveo del corso d'acqua).

TZN.LND.

Motivi di fatto e di diritto

Con atto di citazione regolarmente notificato la Finhouse S.C.I. conveniva in giudizio il Ministero dell'Economia e delle Fi-

nanze e l'Agenzia del Demanio, per sentire dichiarare la proprietà, ai sensi dell'art. 941 cc dei terreni censiti al Catasto del Comune di Ventimiglia, foglio 41, mappali 1130 e 1131 a margine del Torrente Bevera, nonché al risarcimento dei danni.

Con separato atto di citazione i signori Bosio Rocco, Lorenzi Lino Eugenio, Guglielmi Ilva, Lorenzi Franco, Lorenzi Massimo, Crosetti Andrea, Minuzzo Delfina in Crosetti Lorenzi Claudio avanzavano analoga domanda di riconoscimento della proprietà dei terreni compiutamente indicati in epigrafe nei confronti del Ministero dell'Economia e delle Finanze, dell'Agenzia del Demanio e della Provincia di Imperia.

Si costituivano quindi il Ministero dell'economia e delle Finanze e l'Agenzia del Demanio, convenuti in entrambi i giudizi, e la Provincia di Imperia, convenuta nel solo giudizio promosso da Bosio+altri.

Le cause, involgendo la risoluzione della medesima questione giuridica, venivano quindi riunite.

I convenuti eccepivano gradatamente, limitatamente alla sola causa rg 15137/2007 il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, in favore del Tribunale Superiore delle acque Pubbliche, a norma dell'art. 143 comma 1 lett. A del R.D. 11.12.1933 n. 1175, rilevando come la decisione sulla proprietà dei terreni in contestazione (foglio 41, mappali 1330 e 1331 Catasto Terreni Comune di Ventimiglia) presupponesse la previa rimozione del provvedimento con il quale la Provincia di Imperia in data 13.10.2000 aveva espresso parere negativo in merito alla rivendica in oggetto.

L'eccezione non può essere condivisa.

La domanda di parte attrice ha per oggetto la tutela di un diritto soggettivo, ai sensi dell'art. 941 e 942 (nel testo previgente la legge 37/1994, pacificamente non retroattiva), la cui sussistenza era stata negata dalla Pubblica amministrazione sulla base della determinazione dell'Agenzia del demanio, del 31.08.2006 che ne affermava la natura antropica (doc. 11 Finhouse).

Non viene chiesto, né esplicitamente né implicitamente, l'annullamento del parere negativo della Provincia di Imperia reso in data 13.10.2000, che, in ogni caso, non importerebbe il difetto di giurisdizione dell'adito giudice, che potrebbe disapplicarlo ai sensi dell'art. 5 all E legge 2248 del 1865.

Tale conclusione non può essere disattesa neppure alla luce delle sentenze rese dal Tribunale Regionale delle Acque di Torino e dal Tribunale di Sanremo, sez. Ventimiglia, che hanno dichiarato rispettivamente il proprio difetto di giurisdizione in favore del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche e la propria incompetenza per materia in favore del Tribunale delle Acque di Torino, atteso che dette pronunce fanno stato solo nell'ambito del processo in cui sono rese e non possono essere invocate in altri processi (v. in tale senso Cass.16779 del 10.08.2005 "A differenza delle sentenze delle sezioni unite della corte di cassazione - alla quale, per la funzione istituzionale di organo regolatore della giurisdizione, spetta il potere di adottare decisioni dotate di efficacia esterna (cosiddetta efficacia panprocessuale) - le sentenze dei giudici ordinari di merito, come quelle dei giudici amministrativi, che statuiscano sulla sola giurisdizione, non sono idonee ad acquistare autorità di cosa giudicata in senso sostanziale ed a spiegare, perciò, effetti al di fuori del processo nel quale siano state rese, poiché le pronunce dei detti giudici sono suscettibili di acquistare autorità di giudicato (esterno) anche in tema di giurisdizione, e di spiegare, conseguentemente, i propri effetti anche al di fuori del processo nel quale siano state adottate, solo quando, in esse, la decisione - sia pure implicita - sulla giurisdizione si rapporti, ad essa collegandosi, con una statuizione di merito" e nello stesso senso Cass. 6016 del 15.3.2011).

In entrambi i giudizi è stata poi eccepita l'incompetenza per ma-

teria del Tribunale adito in favore del Tribunale delle Acque Pubbliche di Torino (la Provincia di Imperia allega trattarsi di difetto di giurisdizione, in senso contrario ed a favore della semplice incompetenza v. Cass. 3561/75 e Cass. 18944/2006), ritenendo che le controversie in oggetto, concernendo la consistenza e la determinazione dei limiti dell'alveo e delle sponde di un corso d'acqua, sia devoluta alla sezione specializzata della giurisdizione ordinaria, ovvero al Tribunale regionale delle Acque pubbliche.

Sul punto, va richiamato il seguente principio, espresso da Cass. 13 del 4.01.78 (e non disatteso da successive pronunce) secondo il quale: "La controversia vertente fra un privato e la pubblica amministrazione, in ordine all'appartenenza di un terreno ubicato in prossimità di corso d'acqua pubblica, e devoluta alla Competenza del tribunale ordinario solo quando non sia contestato, o risulti 'a priori' in modo certo che il terreno stesso si trovi al di fuori del perimetro del massimo invaso di quel corso d'acqua. Al contrario, qualora l'amministrazione deduca la comprensione del bene nell'alveo del fiume, ovvero si renda comunque necessaria e pregiudiziale l'esatta delimitazione dell'alveo medesimo, va affermata la Competenza del tribunale regionale delle acque, ai sensi dell'art 140 del RD 11 dicembre 1933 n 1775." (nello stesso senso 3561/75, mass n 377759; V 3936/74, mass n 372497; V 659/73, mass n 362773; V 1652/65).

Va quindi esaminato se nel caso di specie, risulti da elementi certi che i terreni oggetto di causa si trovino al di fuori dell'alveo del Torrente Bevera, intendendo come alveo, le sponde e le rive interne dei fiumi, soggette ad essere sommerse dalle piene ordinarie (Cass. 1916 del 27.01.2011).

La risposta positiva discende da una pluralità di elementi, così riassumibili:

verbale di sopralluogo 5.11.1984 redatto dall'Ufficio Tecnico del Genio Civile di Imperia ove si attesta che le aree oggetto di causa sono "rese disponibili dal demanio fluviale" e che le quote dei terreni oggetto di richiesta di accatastamento sono tutte superiori alle quote di piena ordinaria indicata nelle due sezioni fornite dall'Ufficio Idrografico di Genova, tenuto conto anche della pendenza naturale del corso d'acqua e pertanto terreni tutti non più sommergibili dalle piene ordinarie- doc. 4 fascicolo Finhouse- (rilievo valido anche per i terreni degli altri attori, che si trovano alla medesima quota e zona dei mappali Finhouse);

dalla nota 17.08.1998, quanto ai terreni oggetto della domanda presentata da Finhouse, resa dal Ministero delle Finanze, resa ai fini dell'emissione del decreto di riconoscimento della proprietà dell'area rivendicata (mappali 1130 e 1131);

dai rilievi aerofotogrammetrici risalenti al 1939 dai quali si evince che le aree in oggetto erano, a tale data già emerse (doc. da 13 a 18 fascicolo Finhouse e doc.8-9 fascicolo Bosio+altri) ; dalla circostanza che oggetto di contestazione tra le varie autorità intervenute sia unicamente la natura antropica o meno delle terre oggetto di causa (doc. 7 e 11 fascicolo Finhouse). La controversia oggetto delle cause riunite concerne quindi la natura antropica o naturale delle terre emerse, e rientra quindi nella competenza del giudice ordinario e non in quella della sezione specializzata del Tribunale regionale delle acque pubbliche.

Nel merito, al fine di verificare la fondatezza delle domande azionate, e rilevato che costituisce circostanza certa quella sopra evidenziata relativa all'estraneità dei terreni dall'alveo del Torrente Bevera, è quindi necessario valutare se detti terreni siano emersi naturalmente o viceversa ad opera dell'uomo.

Solo nel primo caso infatti, ai sensi del combinato disposto degli artt. 941-942-947 cc (nella formulazione antecedente la No-

vella 37/94, applicabile rationae temporis qualora la situazione ambientale cui si fa riferimento si sia verificata prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina) sussiste il diritto di proprietà degli attori sui terreni emersi.

Depongono a favore della causa naturale dell'emersione anche qui numerosi elementi.

La CTU espletata in corso di causa, di natura deducente e percipiente, sorretta da esaustiva e condivisibile motivazione, ha infatti escluso l'emersione per ragioni antropiche rilevando:

- che le deposizioni ghiaiose osservate a seguito della realizzazione di sei pozzetti al di sotto del materiale di riporto antropico, quindi a quote indubbiamente superiori all'alveo attuale del Torrente Bevera, sono da attribuirsi ad alluvioni di fondo valle recenti ed attuali, con la precisazione che con tale termine si indicano comunque quelle risalenti ad un tempo inferiore a 10000 anni, ma in ogni caso in un "periodo in cui in zona ed in significativo intorno senza alcun dubbio non era ancora avvenuta alcuna opera antropica" (pag. 12 CTU);

- che quindi i terreni ghiaiosi si sono depositati naturalmente in un tempo che deve essere considerato nell'ottica del tempo geologico e non del tempo umano;

- nessun rilievo ai fini dell'emersione dei terreni oggetto di causa può essere attribuito alle opere di arginatura realizzate abusivamente nel 1972 né ai due ponti (strada comunale e ferrovia), che avrebbero ristretto la sezione idraulica favorendo il deposito a monte di terreno anche in corrispondenza delle aree oggetto di rivendica. Quanto a questi ultimi, oltre ai rilievi relativi all'epoca di sedimentazione delle ghiaie, va evidenziato come appare corretto il ragionamento del CTU che evidenzia che i ponti in oggetto sono stati costruiti ai primi del 1900 ragionevolmente in una zona dove era più vantaggioso superare un torrente, anche per la ristrettezza del suo alveo, dato questo che consente di ritenere che l'asta principale del torrente scorra ove scorre oggi. Quanto all'argine, il CTU ha rilevato che questo è stato realizzato nei primi anni 70 (circostanza peraltro pacifica tra le parti e risultante dal rilievo aerofotogrammetrico del Comune di Ventimiglia), ovvero quando già le terre erano emerse, come appunto rilevato tramite i pozzetti di ispezione e dai rilievi aerofotogrammetrico del Genio civile (dal quale emerge che le terre oggetto di causa erano già emerse prima della realizzazione dell'arginatura) e come evincibile infine dal fatto che la domanda di rivendica sia stata presentata anteriormente alla realizzazione della stessa.

Sussistono quindi tutti i presupposti per l'accoglimento della domanda ai sensi degli artt. 941-942 (nel testo anteriore alla legge 37/1994), ovvero l'estraneità dei terreni oggetto di causa dall'alveo del fiume e la circostanza che l'emersione sia dovuta a fatti naturali e non antropici.

Tale conclusione non può essere disattesa alla luce delle disposizioni della legge 37/94 né della legge regionale 9/1993 invocata dalla Provincia di Imperia.

La prima, pacificamente, non è retroattiva, come peraltro sancito da Cass. 31.01.2008 n. 2314.

La seconda concerne le attività programmatiche, pianificatorie ed attuative (sic. art. 2 comma 1 legge cit.) volte ad assicurare la

difesa del suolo la tutela dei corpi idrici il risanamento e la conservazione delle acque la fruizione e la gestione del patrimonio idrico per gli usi di razionale assetto economico e sociale nonché la tutela degli aspetti ambientali ad essi connessi (art. 1 comma 1 legge cit.). Detta legge inerisce quindi gli aspetti ambientali ma non può incidere sulla disciplina dettata dagli artt. 941 e ss del codice civile, afferenti il diritto di proprietà e sul quale la Regione non ha potestà legislativa.

Quanto infine alla domanda risarcitoria avanzata dalla Finhouse, va disattesa l'eccezione di difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo, atteso che questo ha giurisdizione anche in materia risarcitoria nell'ambito della giurisdizione esclusiva. Nel caso di specie, nel quale sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, questo è competente ovviamente anche per i diritti di natura risarcitoria.

Può quindi essere accolta la domanda di condanna generica al risarcimento dai danni, atteso che sussiste un comportamento colposo della PA che non ha formalizzato l'acquisizione per accessione in capo all'attrice dei terreni oggetto di causa, nonostante ne sussistessero i presupposti di legge, e che gli stessi fossero stati riconosciuti sin dal 1984.

In questa sede, va quindi disposta la condanna al risarcimento del danno, la cui liquidazione, andrà disposta con separato giudizio, così come richiesto da parte attrice.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

Le spese di CTU, già liquidate in corso di causa, vanno poste in via definitiva per 1/3 a carico di ogni convenuto soccombente.

Le spese di CTP, in mancanza di prova del relativo esborso sostenuto, non possono invece essere poste a carico dei convenuti.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, disattesa ogni contraria istanza:

- dichiara la Società "Finhouse S.c.i.", con sede in Principato di Monaco, con rappresentanza fiscale in Italia in Imperia, Via Cascione 144, proprietaria ex artt. 941-942 cc (nel testo previgente) dei terreni censiti al Catasto del Comune di Ventimiglia, foglio 41, mappali nn. 1130 e 1132 a margine del torrente Bevera, confinanti con il terreno di sua proprietà contraddistinto al Catasto del Comune di Ventimiglia dai mappali 266 e 267 del foglio 41;

- dichiara Bosio Rocco, nato a Ventimiglia (IM) il 15.08.1921, proprietario ex artt. 941-942 cc (nel testo previgente), dei terreni censiti al Catasto del Comune di Ventimiglia, Foglio 41 Mapp. 1147 - 1150 - 1137 a margine del torrente Bevera da un lato e confinanti dall'altro con il terreno di sua proprietà sito in Ventimiglia, Fraz. Bevera, censito al Catasto Terreni del Comune di Ventimiglia al Foglio 41 Mappali 1381, 205 e 252;

(... *Omissis*...)

Dichiara tenuta e condanna il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Agenzia del Demanio in solido al risarcimento del danno in favore di parte attrice Finhouse S.C.I. da liquidarsi in separato giudizio;

(... *Omissis*...)

Massime

Tribunale della Spezia, 24 gennaio 2012 - Giudice Unico Pelosi - M. (Avv. De Ferrari) c. Avv. X e c. Ass.ni (Avv. Vaselli).

AVVOCATO – proposizione atto d'appello in assenza di procura speciale – obbligazione di risultato - responsabilità dell'avvocato – sussistenza.

(Art. 2230 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile – risarcimento danni – danno da perdita di chance – presupposti per il riconoscimento.

(Artt. 1223 e 2043 c.c.)

L'obbligazione del professionista in virtù del contratto d'opera intellettuale stipulato tra cliente e avvocato, disciplinato dagli artt. 2230-2238 c.c. è qualificata come "di mezzi". Tuttavia, l'avvocato incaricato di redigere un atto di appello assume un'obbligazione di risultato, garantendo che il processo giunga ad una pronuncia nel merito dell'impugnazione. Pertanto proporre appello in assenza di procura speciale, in violazione di quanto prescritto dall'art. 100 c.p.p. che prescrive che "la procura speciale si presume conferita soltanto per un determinato grado del processo, quando nell'atto non è espressa volontà diversa" e comunque omettere di adottare tra più soluzioni interpretative sul citato articolo quella più prudente costituisce grave inadempimento del professionista, in quanto preclusivo di una pronuncia sul merito dell'impugnazione.

Il risarcimento da perdita di chance, intesa come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, presuppone l'onere di provare, sia pure presuntivamente o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza diretta e immediata. Ne consegue che non sussiste il diritto al risarcimento del danno nella sola ipotesi in cui la chance persa, a causa dell'inadempimento altrui, non abbia alcuna possibilità di realizzare il risultato sperato, ossia quando si tratti di una mera speranza soggettiva e quindi di una "non chance".

(Nella specie il Tribunale adito ha riconosciuto fondata la richiesta di risarcimento danni per perdita di chance in capo agli attori avanzata nei confronti del difensore che, costituendosi in appello senza la prescritta procura speciale, ha determinato con la sua condotta negligente la perdita definitiva ed irrimediabile di ottenere una modifica della sentenza di prime cure a loro favorevole.)

C.GIA.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 21 ottobre 2011 - Giudice Unico Caiazzo - R.F. (Avv. Ferraro) c. Impresa Edile R.A. (Avv. G.B. Albites Coen).

COMPETENZA civile – territorio – criteri concorrenti – contestazione – onere - fattispecie.

CONTRATTO in genere - conclusione – accettazione della proposta mediante comportamento concludente – acconto – comportamento concludente - sussiste.

APPALTO - recesso del committente – diritto dell'appaltatore al pagamento del mancato guadagno – liquidazione in

via equitativa – Criterio stabilito dall'art. 122 D.P.R. n. 554/99 (10% del prezzo contrattuale).

In tema di competenza territoriale derogabile, per la quale sussistano più criteri concorrenti (nella specie, quelli indicati negli artt. 18 e 20 c.p.c., trattandosi di causa relativa a diritti di obbligazione), grava sul convenuto che eccepisca l'incompetenza del giudice adito (trattandosi di eccezione in senso proprio) l'onere di contestare specificamente l'applicabilità di ciascuno dei suddetti criteri, e di fornire la prova delle circostanze di fatto dedotte a sostegno di tale contestazione.

Quando un contratto non sia soggetto a particolari requisiti di forma, è irrilevante che la parte, la quale abbia ricevuto una proposta scritta, non abbia a sua volta sottoscritto il documento, allorché abbia manifestato, verbalmente o mediante un comportamento concludente, la propria accettazione (nella specie si è affermato che il versamento di un acconto costituisce comportamento concludente ai fini della manifestazione del consenso).

In caso di liquidazione in via equitativa del mancato guadagno cui ha diritto l'appaltatore ex art. 1671 C.C. in presenza di recesso del committente, è applicabile il criterio stabilito dall'art. 122 del D.P.R. n. 554/99, che quantifica l'importo da corrispondere all'appaltatore, in caso di recesso facoltativo dell'Amministrazione, nel 10% del prezzo contrattuale.

AL.S.

Corte d'Appello di Genova, 29 novembre 2011, I.G. (Avv. Fiorato) c. R.B. (Avv. Biagi).

COMUNIONE e condominio – revoca amministratore – condizioni e presupposti – gravità – non sussiste.

(Art. 1129, co. 3 c.c.)

COMUNIONE e condominio – assemblea – approvazione bilancio – contestazione tardiva – inammissibilità.

(Artt. 1129, co. 3 e 1130 c.c.)

Per giustificare il provvedimento di revoca dall'incarico le irregolarità - contestate all'amministratore - devono essere di gravità tale da porre seriamente in pericolo la gestione del condominio, ovvero da incidere stabilmente sul rapporto di fiducia tra i condomini e l'amministratore che è alla base del mandato: in tal caso basta il fondato sospetto - non essendo richiesta la prova certa - del compimento di gravi irregolarità da parte dell'amministratore per giustificare l'intervento del giudice. Ciò si verifica quando il comportamento dell'amministratore rivela il perseguimento di uno scopo estraneo alla gestione del condominio o la volontà di favorire alcuni condomini a danno di altri, mostrando - in tali casi - l'amministratore di agire per un interesse personale o di terzi in conflitto con quello del condominio. Per non ingenerare sospetti la gestione del condominio deve essere improntata a criteri di trasparenza e chiarezza e controllabile da parte dei condomini: intanto, costituisce una violazione del mandato, che incrina il rapporto di fiducia coi condomini, il fatto di tenere disordinatamente la gestione del condominio, ovvero di creare confusione tra diverse gestioni condominiali. Ciò non significa che i documenti giustificativi delle spese debbano essere sempre messi a disposizione dei singoli condomini, che ne facciano richiesta, dovendo il controllo sulla gestione del condominio espletarsi in sede di approvazione del bilancio. (...)

È inammissibile la contestazione tardiva dei conti da parte del singolo condomino, dovendosi escludere che l'amministratore per ottenere il pagamento delle spese condominiali approvate dall'assemblea abbia l'onere di sottoporre all'esame dei condomini dissenzienti i documenti giustificativi delle spese, dopo l'approvazione del bilancio (...) pertanto deve rigettarsi l'istanza di revoca nel caso in cui siano state prospettate irregolarità con riferimento ai bilanci condominiali, quando questi siano stati approvati dall'assemblea e la relativa deliberazione non sia stata impugnata nei termini di legge.

Tribunale di Genova, 24 gennaio 2012, Giudice Unico Braccialini – P.T.I.R. S.p.A. (Avv. Bormioli) c. Comune di R. (Avv. Cocchi) e c. Ministero delle Infrastrutture.

CONCESSIONI amministrative – concessioni diportistico portuali – canoni demaniali marittimi - legge finanziaria – ir-retroattività – tutela del principio di affidamento – sussistenza.

(Art. 1, comma 251 e comma 252, Legge 27 dicembre 2006, n. 296)

DEMANIO – canoni demaniali marittimi – modifica in peius del canone demaniale – limiti – principio di ragionevolezza – sussistenza.

(Artt. 3 e 25 Cost.)

In materia di concessioni per approdi turistici, la riforma tariffaria introdotta con la legge finanziaria 296 del 2006 a decorrere dall'1.1.2007 (che ha triplicato i precedenti canoni) si applica alle concessioni "turistico-ricreative", mentre non si applica alle concessioni "diportistico-portuali" (che in molti casi sarebbero almeno quintuplicate). Le specifiche disposizioni relative al campo di applicazione delle nuove disposizioni economiche vanno lette escludendo la retroattività di tali tariffe, per il loro dato testuale e per la necessità interpretativa di tutelare l'affidamento del cittadino/operatore economico nella sicurezza giuridica, da intendersi quale principio fondamentale dello Stato di diritto.

Il principio di affidamento verrebbe inevitabilmente compromesso qualora si ritenessero retroattivamente applicabili al titolare di una concessione amministrativa regole tariffarie fortemente peggiorative, idonee ad incidere su di un rapporto ormai perfezionato e non più negoziabile (nella specie, a fronte di cospicui costi di realizzazione di opera pubblica, da ammortizzarsi in 30 anni, il canone sarebbe stato quintuplicato dalla Finanziaria 2007).

Al legislatore non è vietato intervenire sui rapporti in corso, modificando anche in senso peggiorativo per i beneficiari la disciplina dei rapporti di durata. Ciò, anzi, è possibile anche quando nell'ambito di tali rapporti siano già maturate situazioni giuridiche qualificate ed anche diritti soggettivi, ma ciò può avvenire esclusivamente nel rispetto del principio di ragionevolezza. Pertanto, ove sussistano atti concessori emanati dalla P.A. che stabiliscano il canone demaniale posto a carico del privato concessionario in considerazione degli interventi previsti a suo carico ed al fine di consentire l'ammortamento degli investimenti e la realizzazione di un utile di impresa, tali concessioni non possono essere derogate da nuove previsioni tariffarie che incidano sull'equilibrio economico dell'accordo.

(Nel caso di specie per le concessioni portuali in corso all'1 gennaio 1998 resta in vigore il comma 4bis dell'articolo 10 legge 27 Dicembre 1997 n. 449, introdotto dalla legge 27 febbraio 1998 n. 30, in quanto non abrogato dalla legge 27 Dicembre 2006 n. 296, articolo 1, comma 251 e comma 252, con il quale il legislatore ha inteso dettare una disciplina di miglior favore per i con-

cessionari portuali, relativamente ai rapporti anteriori al 1 gennaio 1998. Ne deriva che, con riferimento a tali rapporti, devono seguitare a trovare applicazione le tariffe di riferimento di cui al D.M. 30 luglio 1998 n. 343, non potendo trovare applicazione le misure dei canoni previste dall'art. 1.251 e 1.252 della legge 27 Dicembre 2006 n. 296. Tali concessioni sopravvivono a canone immutato, fatto salvo l'aumento ISTAT annuale.)

P.P.C.

Corte di Cassazione, sez. II civ., 12 luglio 2011, n. 15293. (Cassa con rinvio Corte d'Appello di Genova).

CONTRATTO inter absentes – conclusione – accertamento.

(Artt. 1326 e 1335 c.c.)

Al fine di accertare l'avvenuta conclusione di un contratto inter absentes, tramite scambio di proposta e accettazione, è necessario vagliare in concreto se la parte proponente abbia avuto effettiva e tempestiva (prima, cioè, dello spirare del termine all'uopo fissato) conoscenza dell'intervenuta accettazione, a prescindere dal mezzo utilizzato per la comunicazione della stessa (nel caso di specie, relativo ad una compravendita immobiliare, la proponente ha avuto conoscenza dell'accettazione tramite comunicazione telefonica da parte dell'intermediario cui entrambe le parti si erano rivolte per la conclusione dell'affare).

EU.MI.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 25 agosto 2011, n. 3307 - Giudice Unico Scarzella - S.M.L. (Avv.ti Paoletti) c. N.T. (Avv. Piccini) e c. altri.

CONTRATTO in genere - contratto preliminare - compravendita immobiliare - mancato o tardivo rilascio del certificato di abitabilità - grave inadempimento - risoluzione del contratto - restituzione della caparra - onere della prova del maggior danno.

(Artt. 1385, 1477 c.c.)

Con riguardo alla vendita di cose immobili, la cui disciplina si applica anche alla promessa di vendita di cose immobili, la giurisprudenza è unanime nell'affermare che, laddove si venda un immobile ad uso abitativo, l'abitabilità è un requisito essenziale del bene venduto (o compromesso) e rientra quindi nelle certificazioni che il venditore deve consegnare al compratore ex art. 1477, comma 3, c.c., che riguarda anche gli immobili costruiti prima del legge n. 47/1985 ed il cui inadempimento deve essere considerato grave poiché attiene alle caratteristiche essenziali del bene compravenduto, la cui mancanza causa una grave diminuzione della commerciabilità e del valore economico del bene stesso (cfr. anche, ex pluribus, Cass., sent. n. 1701 del 23/01/2009).

E, pertanto, il mancato o il tardivo rilascio dei certificati di agibilità o di abitabilità, a prescindere dalla causa di tale evenienza, comportano un grave inadempimento verso il promissario acquirente, il quale è così legittimato a chiedere ed ottenere la declaratoria giudiziale di risoluzione del contratto, con la conseguente restituzione della caparra versata, oltre all'eventuale risarcimento del danno, se provato (cfr. Cass., sent. n. 17923 del 23/5/2007, secondo cui la caparra confirmatoria ex art. 1385 c.c. assume la funzione di liquidazione convenzionale del danno da inadempimento qualora la parte non inadempiente abbia esercitato il potere di recesso conferitogli dalla legge, in tal caso potendo trattenere la caparra ricevuta o chiedere il doppio di quella versata; nel caso in cui, invece, abbia optato per la ri-

soluzione o l'esecuzione del contratto, il diritto al risarcimento dovrà essere provato nell'an e nel quantum, poiché in tal caso la caparra perde la funzione forfetaria e predeterminata della pretesa risarcitoria).

(Nel caso di specie, per i motivi anzidetti, veniva dichiarata la risoluzione del contratto preliminare di compravendita di un immobile privo della licenza di abitabilità, nonostante successivamente all'introduzione della causa fosse poi intervenuta la revoca di siffatta inabitabilità. Il Giudice ha quindi disposto la restituzione della caparra ma non del suo doppio, stante la domandata risoluzione del contratto e la mancanza di prove circa ulteriori voci di danno).

F. RPT.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 23 settembre 2011 – Giudice Unico Bolelli – M.R. (Avv.ti Buffa) c. S.C. Snc (Avv.ti Petrelli).

CONTRATTO in genere – annullabilità - “dolus malus” - configurabilità – condizioni.

CONTRATTO in genere – presupposizione – configurabilità – condizioni.

LOCAZIONE – vizi della cosa locata – nozione di vizio - difetto che attiene alla struttura materiale della cosa.

In materia di annullamento del contratto per dolo, le dichiarazioni precontrattuali con le quali una parte cerchi di rappresentare la realtà nel modo più favorevole ai propri interessi non integrano gli estremi del “dolus malus” quando, nel contesto dato, non sia ragionevole supporre che l'altra parte possa aver attribuito a quelle dichiarazioni un peso particolare, considerato il modesto livello di attendibilità che, in una determinata situazione di tempo, di luogo e di persone, è da presumere che possa essere riconosciuta a certe affermazioni consuete negli schemi dialettici di una trattativa, sempre che ad esse non si accompagni la predisposizione di ulteriori artifici o raggiri, idonei a travisare la realtà (nella specie non sono stati ravvisati gli estremi degli artifici e raggiri nella condotta del locatore che, negli incontri precedenti alla conclusione del contratto, prospettava al conduttore un grande afflusso di clienti nel centro commerciale e affermava l'esistenza di trattative in corso per la locazione dei negozi vuoti).

Per la configurabilità della presupposizione è necessario che dal contenuto del contratto si evinca l'esistenza di una situazione di fatto, considerata, ma non espressamente enunciata dalle parti in sede di stipulazione del medesimo, quale presupposto imprescindibile della volontà negoziale, il cui successivo verificarsi o venir meno dipenda da circostanze non imputabili alle parti.

Per vizio della cosa locata ai sensi degli artt. 1578 e 1581 c.c. si intende un qualsiasi difetto che attiene alla struttura materiale della cosa – nella sua composizione, nel suo aspetto ovvero soltanto nel suo funzionamento – che incide negativamente sull'esercizio del godimento del bene secondo la destinazione contrattuale o legale (nella specie si è negato che costituisca vizio della res il mancato sviluppo del centro commerciale ove si trovava il negozio locato).

AL.S.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 23 settembre 2011 – Giudice Unico Bolelli – P.R. (Avv.ti Ruggiero e Ghirardi) c. C.A. (Avv. Ginnante).

DANNI in materia civile - valutazione e liquidazione - svalutazione monetaria.

(Art. 1224 c.c.)

Nella domanda diretta ad ottenere la liquidazione di un danno con-

seguito al deprezzamento della moneta nella mora del debitore, può ritenersi implicita la domanda di condanna della controparte al pagamento del maggior danno ex art. 1224 c.c..

Ai fini della valutazione di maggior danno, in mancanza di specifica prova in ordine agli effetti che il ritardo nel pagamento ha in concreto prodotto nel patrimonio del creditore, è necessario fare ricorso, in via presuntiva, a parametri indifferenziati, quale quello della redditività del denaro secondo le forme di investimento comuni alla generalità dei risparmiatori non professionali. Idoneo parametro è costituito dal reddito netto medio dei titoli di stato.

(Conforme: Cass, sez. II civ., 3 giugno 2009, n. 12828)

A.NIC.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 12 ottobre 2011 – Pres. Maglione - Rel. Castiglione – F.G. (Avv.ti Gardella e Capasso) c. M.C. (Avv.ti Di Antonio e Petrocco).

DANNI in materia civile – risarcimento - sentenza penale emessa a seguito di patteggiamento - elemento di prova in successivo giudizio civile – sussistenza.

(Artt. 2043 e segg. c.c.; art. 444 c.p.p.)

La sentenza di patteggiamento non contiene un accertamento capace di fare stato nel giudizio civile, ma essa contiene pur sempre una condanna, fondata su una ammissione di responsabilità dell'imputato, che costituisce un indiscutibile elemento di prova nel giudizio civile, di cui il giudice non può escludere il rilievo, senza adeguatamente motivare.

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 31 agosto 2011, n. 3349 – Giudice Unico Basoli – B. (Avv.ti Grosso, Operamolla e Barca) c. A. (Avv. Bruzzone).

DIVISIONE – divisione convenzionale – interpretazione – clausola di stile – esclusione di azione di rendiconto – prevalenza della volontà negoziale presunta

(Artt. 713, 723 e 1362 e segg. c.c.)

Anche in tema di divisione convenzionale, le clausole di stile vanno interpretate presumendo che le espressioni generiche ivi contenute abbiano costituito oggetto della volontà negoziale, dandovi significato in relazione al contesto, alle espressioni usate ed al comportamento complessivo delle parti, escludendone l'efficacia solo nell'ipotesi in cui sia impossibile attribuire loro un qualsivoglia rilievo nell'ambito dell'indagine ermeneutica.

È quindi valida ed efficace la clausola sottoscritta dalle parti in sede di divisione convenzionale “di nulla avere più a pretendere per nessun titolo o ragione l'una dalle altre per cause dipendenti dallo stato di comunione oggi sciolto” da interpretarsi quale volontà di chiudere definitivamente ogni questione legata allo stato di comunione ivi comprese ragioni di reciproco rendiconto.

Pertanto in presenza di siffatta clausola, secondo la comune logica e la valutazione complessiva degli interessi delle parti condividenti, specie allorché le medesime abbiano già ricevuto somme derivanti dai redditi dei beni poi divisi, si deve escludere che possa residuare in capo all'uno od all'altro dei condividenti legittimazione all'azione di resa dei conti, invero ipoteticamente sussistente nel solo caso in cui fosse stata espressamente esclusa dalla divisione la regolamentazione dei proventi e delle spese derivanti dalla pregressa comunione”.

A.M.OC.

Tribunale di Albenga, 13 settembre 2010 (decreto motivato) - Giudice Unico Princiotta - Hotel Mediteranée srl c. Fiammetta srl.

IMMISSIONI - rapporti tra privati - criteri applicativi e valutativi - prudente apprezzamento del Giudice - necessità.

(Art. 844 c.c. ; art. 669 sexies c. p. c.; L. 26 ottobre 1995, n. 477)

Per quanto riguarda la materia delle immissioni sonore atte a turbare il "bene della tranquillità" nel godimento degli immobili adibiti ad abitazione non è applicabile la legge 26 ottobre 1995, n. 477, sull'inquinamento acustico, perché tale normativa, come quella contenuta nei regolamenti locali, persegue interessi pubblici, disciplinando, in via generale ed assoluta, e nei rapporti cd. "verticali" fra privati e P.A., i livelli di accettabilità delle immissioni sonore, al fine di assicurare alla collettività il rispetto di livelli minimi di quiete; la disciplina della immissioni moleste in alienum, nei rapporti tra privati, va rinvenuta, pertanto, nell'art. 844 c.c., alla stregua delle cui disposizioni, quando anche dette immissioni non superino i limiti fissati dalle norme di interesse generale, il giudizio in ordine alla loro tollerabilità va compiuto secondo il prudente apprezzamento del Giudice, che tenga conto delle particolarità della situazione concreta.

RO.NE.

Tribunale di Genova, 17 novembre 2011 - Giudice Unico Bonsignore - Valente c. Autostrade per l'Italia S.p.A.

IMMISSIONI - inquinamento acustico - limiti stabiliti dalla legge 26 ottobre 1995 n. 447 - violazione - non costituisce reato- diritto al risarcimento del danno morale - non sussiste.

IMMISSIONI - inquinamento acustico - violazione d'interessi costituzionalmente rilevanti - valutazione del giudice caso per caso - diritto al risarcimento del danno non patrimoniale (esistenziale) , liquidato dal giudice secondo equità-sussiste.

(Art. 659 c.p.; artt. 1226, 2056, 2059 c.c.; art. 2, 29, 32 Cost.)

L'immissione rumorosa determinata dal complesso del traffico stradale, anche se particolarmente intenso, non integra gli estremi del reato contravvenzionale previsto e punito dall'art. 659 cod.pen. Pertanto non può essere nemmeno causa di danno morale a norma dell'art. 2059 cod.civ.

Nella specie sussiste tuttavia un danno non patrimoniale (esistenziale) per lesione d'interessi costituzionalmente rilevanti, attinenti alla vita familiare (artt. 2 e 29) ed alla salute (art. 32) intesa nella sua accezione più ampia; danno la liquidarsi in via equitativa per il combinato disposto degli artt. 2056 e 1226 cod.civ.

A.FONT.

Tribunale di Genova, sez. II. civ., 28 settembre 2011 - Giudice Unico Casale - T. srl (Avv. Alimento) c. DCF (Avv. Calisi).

LOCAZIONE (contratto di) - veicoli - clausola di esonero da responsabilità per l' eventuale causazione di sinistro stradale - inoperatività - colpa grave del locatario - sussiste.

(Artt. 1218 e ss., 1571 e ss c.c.)

PROCEDIMENTO civile - valutazione delle prove - argo-

mento di prova - contegno della parte nel processo - disinteresse nel compimento degli atti processuali.

(Art. 116 co. 2 c.p.c.)

Nell'ipotesi di noleggio di veicoli, ove fra le clausole contrattuali vi sia stabilita, in relazione ad eventuali sinistri stradali causati dal locatario alla guida del mezzo di trasporto concessogli in godimento, una limitazione di responsabilità del medesimo per i soli casi di dolo o colpa grave, deve ritenersi sussistente quest'ultimo profilo di responsabilità, e, quindi, inoperante la clausola in esame- ogniqualkvolta l'incidente sia stato da egli provocato per aver tenuto una velocità non commisurata alle condizioni della strada e/o per non aver mantenuto la distanza di sicurezza.

(Nel caso di specie, il Giudice ha ravvisato l'inoperatività della suddetta clausola limitativa di responsabilità ed ha, pertanto, condannato il convenuto-locatario al risarcimento dei danni materiali a favore della società attrice proprietaria del veicolo in questione, in quanto dalle prove espletate nel corso del processo, documentali ed orali, era emerso che il medesimo, percorrendo l'Autostrada Vòltri-Genova, in direzione Genova, a velocità elevata, aveva tamponato una vettura che lo precedeva, pur essendo quest'ultima quasi ferma a causa dell'intensità di traffico ivi presente, sospingendola contro il muro di cemento di divisione delle due carreggiate).

Il contegno processuale di una parte, quale elemento che consente al Giudice, ai sensi dell'art. 116 co. 2 cpc, di trarre "argomenti di prova" ai fini dell'eventuale declaratoria di responsabilità nei confronti della stessa, può ben ritenersi integrato dal mancato deposito delle memorie conclusive, nonché dalla mancata comparizione alle udienze o soltanto ad alcune di esse.

D.NCF.

Tribunale di Genova, sez. I civ., ordinanza 13 settembre 2011 - Giudice Unico Viazzi - D.H. (Avv. Bernabò Brea) c. Condominio Vico I. (Avv. Campagna).

ISTRUZIONE preventiva in materia civile - accertamento tecnico preventivo - intervento - ammissibilità - limiti.

(Artt. 696 e 696 bis c.p.c.)

L'intervento volontario non adesivo dipendente che chiede un ampliamento dell'accertamento tecnico preventivo nei confronti di un soggetto distinto dal soggetto originario confligge con la natura cautelare ed individuale del procedimento di ATP e ciò al di là di profili formali che inducano a richiedere un'autonoma iscrizione a ruolo di apposito e distinto procedimento ex art. 696 c.p.c.

A.NIC.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 16 agosto 2011 - Giudice Unico Caiazzo - Fallimento M.A. S.p.a. (Avv. Bonavera) c. Comune di Genova.

(Art. 11, disposizioni sulla legge in generale)

LEGGE, decreto e regolamento - efficacia della legge nel tempo.

Lo "jus superveniens" è applicabile agli effetti ancora in corso di rapporti sorti anteriormente. Se la regola contenuta nell'art. 11 delle preleggi comporta che la nuova norma non possa essere applicata a rapporti già esauriti, problema diverso è stabilire se la nuova norma possa essere applicata a rapporti ancora in corso di formazione al momento della sua entrata in vigore o agli effetti non ancora verificatisi

di un determinato fatto, quando la norma stessa sia dettata per regolare ex novo non già il fatto generatore del rapporto ma le conseguenze giuridiche che ne scaturiscono. A tale ultimo problema deve essere data risposta affermativa, alla stregua della teoria dei "facta praeterita", secondo cui la nuova norma deve essere applicata, oltre che ai rapporti in via di formazione, anche agli effetti non esauriti di un rapporto giuridico sorto anteriormente, qualora la stessa sia diretta a disciplinare tali effetti, prescindendo dal fatto o dall'atto giuridico che li generò (nella specie, in materia di appalto di opere pubbliche, il Giudice ha ritenuto applicabile l'art. 25, D.M. 19 aprile 2000, n. 145 – oggi abrogato e sostituito dall'art. 160, D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 – ad una fattispecie in cui sia la stipula del contratto di appalto che il verificarsi del danno da illegittima sospensione dei lavori precedevano l'entrata in vigore del predetto decreto ministeriale).

(Conforme Cass, sez. III, 23 luglio 2003, n. 11443)

A.NIC.

Tribunale di Albenga, 7 gennaio 2011 - Giudice Unico Princiotta – Immobiliare Lo Spazio (Avv. Aicardi) c. Redemagni (Avv. Cerisola e Verda).

MEDIAZIONE (contratto di) – provvigione del mediatore - prescrizione – termine e decorrenza.

(Artt. 1755, 2935 e 2950 c.c.)

Il diritto alla provvigione del mediatore, ai sensi dell'art. 2950 c.c., si prescrive nel termine di un anno dalla conclusione dell'affare. Detto termine prescrizione, infatti, inizia a decorrere, a norma dell'art. 2935 c.c., da tale data, perché è da questo momento che il diritto può essere fatto valere.

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 25 agosto 2011, n. 3301 – Giudice Unico Caiazzo – Associazione culturale V.L. (Avv. G. Marvulli) c. M.T. (Avv. Piccini).

OBBLIGAZIONI E CONTRATTI – contratto a favore di terzo.

(Artt. 1411 e ss. c.c.)

PROCEDIMENTO CIVILE – legittimazione attiva – in genere.

(Art. 81 c.p.c.)

Secondo la disciplina del contratto a favore di terzo, in caso di inadempimento del promittente sia lo stipulante che il terzo sono legittimati ad agire per l'adempimento o la risoluzione del contratto. All'una ed all'altra azione si accompagna la possibilità di chiedere il risarcimento del danno; non è tuttavia condivisibile la tesi per la quale lo stipulante sarebbe legittimato a chiedere, in nome proprio, il risarcimento del danno subito dal terzo, in quanto la disciplina del contratto a favore del terzo non contiene alcuna disposizione che legittimi una deroga al principio posto dall'art. 81 c.p.c., per il quale "fuori dai casi espressamente previsti dalla legge", nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui (nella specie l'organo giudicante ha escluso che l'associazione stipulante il contratto di viaggio "tutto compreso" sia legittimata a domandare il risarcimento dei danni non patrimoniali "da vacanza rovinata" subiti dai singoli associati).

A.NIC.

Tribunale di Genova, 26 marzo 2012, n. 727 – Giudice Unico Tuttobene – Avv. Ceino c. Uff. Giud.

NOTIFICAZIONE di atti civili – esecuzione forzata – atto di pignoramento - presso il debitore e presso terzi - crediti - amministrazione pubblica (P. A.).

(Art. 60 e 144 c.p.c.; art. 168 disp. att. c.p.c., art. 11 r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611)

L'Ufficiale Giudiziario deve provvedere ad effettuare le notificazioni al Ministero presso le Avvocature Erariali locali, che possono essere richieste anche per mera cortesia e conoscenza. Le notifiche de quibus non avevano, non hanno e comunque non avrebbero potuto in ogni caso avere alcuna valenza ai fini del processo esecutivo, atteso che la domiciliazione dell'avvocatura di Stato della P.A. non si estende mai agli atti esecutivi in odio alle varie amministrazioni rappresentate ex lege, per cui l'Avvocatura medesima non è appunto legittimata a dichiarare alcunché in rappresentanza della P.A. terzo pignorato, essendo la dichiarazione del terzo atto sostanziale e non processuale, visto che peraltro il terzo pignorato non è parte del procedimento di pignoramento presso terzi ma solo destinatario (potenziale) passivo dell'atto di esproprio. (Nella specie l'Ufficiale Giudiziario che si rifiutava, alla richiesta di notificazione di un atto di pignoramento presso terzi in danno ad un cittadino italiano dimorante in Libano e come terzo pignorato il Ministero di Grazia e Giustizia, di notificare ulteriori due copie del pignoramento al Ministero presso l'Avvocatura dello Stato di Genova e Torino - notificazioni richieste per mera conoscenza e cortesia -, dovrà provvedere, per disposizione del Giudice, ad effettuare le notifiche così come richieste dal ricorrente).

L.GRB.

Tribunale di Albenga, 13 settembre 2010 - Giudice Unico Princiotta – B. (Avv. Salomone) c. U. (Avv. Roseo).

PRESCRIZIONE (eccezione di) – eccezione sollevata esclusivamente in memoria conclusiva di replica – tardività.

(Art. 2938 c.c.; artt. 112 e 167 cpc)

Deve considerarsi come tardiva l'eccezione di prescrizione del diritto per cui è causa, sollevata per la prima volta da parte convenuta esclusivamente in memoria conclusiva di replica.

RO.NE.

Tribunale della Spezia, 1 dicembre 2011 – Pres. D'Avossa – Rel. Pelosi - O.S. (Avv. Scopsi) c. R.S. e C.B. (Avv. Di Sibio) e c. P.C. (Avv. ti Casani e Morini) e c. C. R.L. S.S.p.a. (Avv. Meschini) e c. B.S.r.l. (Avv. Iannello) e c. B.R. (Avv. Soriani) e c. A. C., P.L.I., Comune di L.S. (contumaci).

PROVA civile in genere – onere della prova – principio di non contestazione – contestazione specifica – tempestività – fondamento della decisione.

(In senso conforme Cass. n. 5356/09 e Cass. n. 18399/09)

SIMULAZIONE – atto dissimulato – prova - presunzioni.

SIMULAZIONE – atto dissimulato – nullità – vizio di forma – acquisto a non domino – inefficacia – erede legittimario – decorso della prescrizione – esercizio dei diritti – usucapione – decorso iniziale.

(Art. 115 c.p.c.)

OPPOSIZIONE di terzo – azione – tutela dell'erede – dolo del de cuius – dimostrazione.

(Art. 2935 c.c.)

La contestazione dei fatti adottati da controparte (onere che deve essere sempre assolto nella prima difesa utile) non può essere generica: ne deriva che tutti i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita devono essere considerati dal Giudice come provati e devono essere posti a fondamento della sua decisione, secondo quanto statuito dall'art. 115 c.p.c.

In tema di simulazione di una vendita compiuta dal de cuius cedente una donazione, la prova dell'esistenza dell'atto dissimulato può essere desunta da elementi presuntivi, quali: a) la mancanza di prova del pagamento del prezzo pattuito, b) il fatto che all'epoca dell'acquisto l'acquirente non disponeva di alcun reddito, c) il rapporto di coniugio esistente tra le parti della compravendita, d) l'assenza di ragioni (neppure allegate) che giustificassero la suddetta operazione.

Qualora l'atto dissimulato avente ad oggetto la donazione di un bene sia nullo per difetto di forma, anche il successivo acquisto del bene medesimo da parte dei terzi è inefficace per essere stato effettuato da un non proprietario. (Nel caso di specie, la nullità della donazione dissimulata da una compravendita immobiliare è derivata dalla mancata partecipazione di due testimoni).

In tale ipotesi, l'erede legittimario che chieda la dichiarazione di simulazione di una vendita compiuta dal de cuius siccome cedente una donazione rivela che nulla assume la qualità di terzo rispetto ai contraenti quando agisca a tutela del proprio diritto all'intangibilità della quota di riserva; ne deriva che la prescrizione di tale diritto comincerà a decorrere solo dall'apertura della successione, analogamente a quanto avviene per l'inizio della decorrenza dell'usucapione rispetto al medesimo bene oggetto di compravendita (rectius donazione).

L'erede che vuole dimostrare che il de cuius ed il coerede hanno dolosamente creato le apparenze di un credito del secondo nei confronti del primo, inducendo il Giudice a pronunciare sentenza di condanna a tal fine, deve promuovere opposizione di terzo.

F.BGN.

Tribunale di Albenga, 12 gennaio 2011 - Giudice Unico Princiotta - B. (Avv. Mantica) c. Comune di Laigueglia (Avv. Aglietto).

RESPONSABILITÀ civile – ente pubblico proprietario e gestore di strada pubblica – danni provocati ad un terzo per anomalie nel manto stradale – responsabilità della P. A. a titolo di violazione degli obblighi di custodia - sussiste.

(Art. 2051 c.c.)

È ravvisabile la responsabilità dell'ente proprietario e gestore di strade pubbliche, ai sensi dell'art. 2051 c. c., per l'evento lesivo cagionato a terzi, per non aver provveduto a rimuovere le anomalie presenti nel manto stradale. Invero la responsabilità oggettiva prevista dall'art. 2051 c.c., è invocabile nei confronti della P.A. anche per i danni arrecati dai beni dei quali essa ha la concreta disponibilità, anche se di rilevanti dimensioni. Detta responsabilità va esclusa solo nell'ipotesi di caso fortuito, che si ha quando l'evento lesivo, in luogo di essere prodotto dalla cosa, che ne diventa l'occasione, è cagionato da un elemento estrinseco alla cosa stessa, avente il duplice requisito della imprevedibilità e della inevitabilità.

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 28 settembre 2011, n. 3487 - Giudice Unico Bozzo-Costa - R.R. e Z.G. (Avv. Molinari) c. Comune di Torriglia (Avv. Cassinelli).

RESPONSABILITÀ civile - danno da cosa in custodia - bene demaniale - nesso causale - onere della prova del danneggiato.

(Artt. 2051, 2697 c.c.)

Chi vuole fare valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento ex art. 2697 c.c..

Nella responsabilità da cose in custodia ex art. 2051 c.c. è sufficiente che l'attore provi il danno lamentato ed il nesso eziologico tra detto danno e la cosa da altri custodita, gravando invece sul custode l'onere di provare che il danno si è verificato per un caso fortuito. La responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia ha natura oggettiva, senza che rilevi l'osservanza o meno da parte del custode di un obbligo di vigilanza, poiché funzione precipua della norma è quella di imputare la responsabilità a chi si trova nella condizione di controllare i rischi inerenti la cosa, dovendo considerarsi custode chi di fatto controlla la modalità d'uso e la conservazione della cosa stessa. Solo la dimostrazione del caso fortuito, ossia la prova di un evento esterno imprevedibile, eccezionale ed inevitabile, vale ad escludere la responsabilità del custode, eccezionalità che può anche riguardare la condotta dello stesso danneggiato.

Anche con riguardo agli enti pubblici, quali i Comuni, è poi da condividere il più recente orientamento della Suprema Corte secondo cui, in ambito di responsabilità della P.A. per i danni subiti dagli utenti conseguenti all'utilizzazione di beni demaniali, va applicato l'art. 2051 c.c. nei casi in cui, come nella fattispecie di una strada cittadina, sia ben possibile da parte dell'ente esercitare un adeguato controllo e vigilanza sui beni, anche per il tramite della polizia municipale. Tuttavia, quand'anche sia provato il potere di custodia dell'ente pubblico sul bene, nel caso in cui il soggetto danneggiato non provi altresì il nesso eziologico tra la cosa custodita ed il danno lamentato, la domanda non potrà in ogni caso essere accolta. (Nel caso di specie, veniva respinta la domanda di risarcimento del danno conseguente ad una caduta in bicicletta a causa di una insidia costituita da una buca nel manto stradale, in quanto veniva giudicata carente la prova del nesso causale).

F.RPT.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 17 gennaio 2012, n. 620 - Giudice Unico Bozzo Costa - CRT (Avv. G. e L. Buffa) c. L. contumace e c. P.A. (Avv. Castagnola) e c. A.G. (Avv. F. Marengo).

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità per cose in custodia - nozione di custodia - responsabilità del proprietario/locatore - danni a beni del conduttore – sussiste.

(Art.2051 c.c.)

COMUNIONE e condominio - terrazze a livello - lastrici soleari ad uso esclusivo - ripartizione tra i condomini dei danni a terzi - criteri.

(Art.1126 c.c.)

La responsabilità da cosa in custodia presuppone soltanto che il soggetto cui viene imputata abbia con essa un rapporto di custodia, è necessario cioè che quest'ultimo abbia sulla cosa il potere di controllo e di sorveglianza.

In tema di locazione, il proprietario dell'immobile locato, conservando

la disponibilità giuridica del bene e quindi la custodia delle strutture murarie, e degli impianti (cornicioni, tetti, terrazzi) in esse conglobati, su cui il conduttore non ha il potere di intervenire, è responsabile in via esclusiva, ai sensi degli artt. 2051 e 2053 c.c., dei danni arrecati a terzi da dette strutture ed impianti.

Il danno da cose in custodia ha carattere oggettivo e poiché possa configurarsi in concreto è sufficiente che sussista il nesso causale tra la cosa ed il danno, irrilevante la condotta del custode o l'osservanza degli obblighi del custodire, infatti la finalità della norma consiste nell'imputare la responsabilità a chi si trova nelle condizioni di controllare i rischi inerenti alla cosa.

L'attore deve provare il danno subito ed il nesso causale-eziologico tra il danno ed il bene, in questo caso tra il bene danneggiato e l'immobile che ha provocato il danno.

Il convenuto deve invece offrire la prova contraria alla presunzione (*juris tantum*) della sua responsabilità, mediante la dimostrazione positiva del caso fortuito, cioè del fatto estraneo alla sua sfera di custodia, avente impulso causale autonomo e carattere di imprevedibilità e di assoluta eccezionalità. (Cass. n. 8229/2010)

La ripartizione tra i comproprietari, del danno provocato a terzi dalle infiltrazioni che si sono verificate dalla terrazza a livello e lastrico solare, di cui P.A. ha il calpestio, involge l'applicazione dei criteri stabiliti dall'art. 1126 c.c.

CL.RM.

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 15 febbraio 2011, n. 610 - Pres. Scarzella - Rel. Boccaccio - B.A. (Avv. Peluso) c. C.S. (Avv. Grego).

SEPARAZIONE di coniugi - Foro del luogo di ultima residenza - foro della residenza o del domicilio del convenuto - illegittimità costituzionale dell'art. 4, primo comma, L. 898/70 estensione alla separazione - esclusione.

(Art. 706 c.p.c.; art. 4, comma 1, L. 898/70)

Il Tribunale competente per territorio sulla domanda di separazione personale dei coniugi si identifica con il luogo della loro ultima residenza comune, non potendosi per tale giudizio ricorrere prioritariamente al foro (che rimane subordinato) della residenza o del domicilio della parte convenuta, come sarebbe stato sulla base della qui respinta applicazione estensiva della sentenza della Corte Costituzionale (Corte Cost. n. 169/2008) che ha dichiarato l'illegittimità per manifesta irragionevolezza dell'art. 4, comma 1, della L. 898/70, limitatamente alle parole "del luogo dell'ultima residenza dei coniugi ovvero in mancanza", data la normale cessazione della convivenza tra i coniugi in fase di divorzio, secondo l'*id quod plerumque accidit*.

Non è infatti ammissibile estendere ad altre norme una pronuncia di illegittimità costituzionale riferita ad una specifica disposizione, dovendosi eventualmente sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 706 c.p.c., nella parte in cui stabilisce - quale criterio principale di collegamento per il giudizio di separazione - il luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi e, solo nell'ipotesi in cui non vi sia mai stata convivenza, il foro subordinato della residenza o del domicilio della parte convenuta.

(Nel caso di specie, si è tuttavia escluso il predetto dubbio di legittimità, traendo argomento dalla diversità di situazioni tra i coniugi in procinto di separarsi, rispetto a quelli già separati da tempo o che siano parti nel giudizio di cessazione degli effetti civili del matrimonio).

SO.C.

Tribunale di Genova, sez. fall., 24 ottobre 2011 - Giudice Unico Tuttobene - D. (Avv. Lima) c. C. (Avv. Ghigliotti).

SPESE giudiziali in materia civile - spese della sentenza e successive - diritti e onorari in atto di precetto relativi alla voce "consultazioni con il cliente" - diritto di addebito alla parte soccombente - sussistenza.

(Art. 615 c.p.c., D.M. 8 aprile 2004, n. 127)

Gli onorari ed i diritti di procuratore per la voce tariffaria "consultazioni con il cliente" maturati successivamente a sentenza definitiva sono ripetibili in sede di precetto nei confronti della parte soccombente. (Nel caso di specie, respingendo l'opposizione a precetto svolta dalla parte intimata, il Giudice ha confermato il principio per cui tutte le spese sostenute dal creditore per il soddisfacimento del proprio diritto e riconducibili alle tariffe legali devono essere rimborsate ed ha rilevato che, in base al punto 74 della tariffa, per tutte le prestazioni non previste nel paragrafo sul processo di esecuzione devono applicarsi le corrispondenti voci valide per il processo di cognizione).

(Conforme: Cass, sez. III civ., 20 giugno 2011, n. 13482)

A.NIC.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 22 febbraio 2012, n. 233 - N. G., N. F. e F. F., eredi C.M.N. (Avv. Buffa) c. Società Europea di Edizioni S.p.A. (Avv. Lo Giudice).

STAMPA - reati commessi a mezzo stampa - esercizio del diritto di cronaca - presupposti - verità della notizia - necessità - verosimiglianza.

(Artt. 2 e 21 Cost., art. 51 e 595 c.p.)

DANNI patrimoniali e non patrimoniali - lesione dell'onore e della reputazione - diffamazione - risarcimento del danno non patrimoniale - ammissibilità.

(Artt. 2043 e 2059 c.c., art. 185 c.p., art. 12 l. 8 febbraio 1948, n. 47)

In tema di risarcimento danni da diffamazione a mezzo stampa, deve considerarsi che l'esercizio legittimo del diritto di cronaca è condizionato dall'esistenza dei seguenti presupposti: la verità oggettiva o anche solo putativa dei fatti riferiti, purché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca, tenuto conto della gravità della notizia pubblicata; l'interesse pubblico alla conoscenza del fatto (cosiddetta pertinenza); la correttezza formale dell'esposizione (cosiddetta continenza), costituita da fatti che, sotto il profilo sostanziale, devono corrispondere alla verità, sia pure non assoluta ma oggettiva, e sotto il profilo formale devono essere esposti in modo misurato, cioè contenendoli negli spazi strettamente necessari.

(Conforme Cass. Civ. 5657/2010, 22190/2009, 23798/2007)

Deve riconoscersi il diritto al ristoro del danno non patrimoniale, per il pregiudizio dal C.M.N. ingiustamente subito dall'essere stato additato alla pubblica opinione quale colpevole dei fatti descritti in modo almeno parzialmente non veritiero, stante la distorsione, qualitativa e quantitativa, data dai due articoli per cui è causa rispetto a quello che sarebbe stato l'effetto di un corretto esercizio del diritto di cronaca.

L.GRB.

L'arte della stampa in rilievo per eventi e imprese



GUERCIO®

*La ricerca di carte
pregiate, la cura
delle lavorazioni,
l'originalità delle
forme e dei disegni
incisi a mano su
placca d'acciaio,
il prestigio della
stampa calcografica.*

*Tutto questo
fa' di Guercio
l'azienda ligure
più qualificata
nella cura della tua
comunicazione.*

realizzazione immagine coordinata
biglietti da visita - carte intestate e buste - ex libris - segnalibri
stampa d'arte con torchio calcografico

Arti Grafiche Guercio

Via Imperiale, 41 16143 Genova

Tel. 010 504 509 - Fax 010 513 125 - E-mail guercio@guercio.it

www.guercio.it





camiceria
abiti
calzature
maglieria
sartoria su misura

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

Recensioni

CORRADO MARVASI

I disaccordi nei rapporti personali fra coniugi nel diritto vivente

Maggioli Editore, 2012 - pp. 565

Il diritto di famiglia è indubbiamente un settore in continua evoluzione. Due aspetti interessano, in particolare, gli operatori e gli specialisti della materia: il rapporto che intercorre fra responsabilità civile e comportamento coniugale, nonché la risposta della giurisprudenza alle attese risarcitorie da parte del consorte "tradito". Si tratta di argomenti che interagiscono, anche se il primo riveste natura sostanziale ed il secondo processuale. A proposito di quest'ultimo, vari problemi si sono addensati all'orizzonte, quasi sempre legati alla ritenuta (almeno, per alcuni) incompetenza del giudice della separazione di potersi pronunciare sul pregiudizio sofferto da una delle parti per la condotta dell'altra che ha dato causa alla rottura e di procedere alla relativa liquidazione.

La quadratura del cerchio, secondo le più recenti espressioni giurisprudenziali, sembra essersi attestata intorno alla scissione delle attribuzioni giurisdizionali: davanti al giudice adito ai sensi degli artt. 706 ss. c.p.c. si va (solo) per chiedere la separazione e qualsiasi forma è idonea, anche (e soprattutto, per risparmio di costi ed energie) la consensuale; davanti al giudice competente per valore ci si presenta (in un secondo tempo) per ottenere il ristoro dei nocimenti che quella crisi ha arrecato al coniuge violato nei sentimenti.

Dapprima in sede di merito (Trib. Venezia, sez. III, 3 luglio 2006), quindi di legittimità (Cass. civ., sez. I, 15 settembre 2011, n. 18853), si è avvallato, in due distinte vicende, un tale *modus procedendi*, sezionando gli effetti indotti dalla fine di un matrimonio nei momenti in cui sono in grado di offrirsi sulla scena processuale: l'addio e le recriminazioni. A questo punto, la pronuncia di addebito non si consacra (o non si consacra più) come presupposto ineludibile per la richiesta risarcitoria, previo l'accertamento del comportamento colposo. Ciò apre scenari di sicuro interesse nel nostro settore, restituendo, per una parte, al diritto di famiglia il compito di risolvere le questioni interfamiliari ed alla responsabilità civile il ruolo di indispensabile completamento dei vari rami dell'ordinamento. Il tutto, a conferma del deciso avanzamento di tale disciplina nella immaginaria graduatoria fra le categorie del diritto.

Il percorso argomentativo, che si è inteso seguire, ha preso avvio da una concezione patriarcale ed arcaica dei rapporti infra-domestici, sviluppatasi nel tempo verso una concezione di valorizzazione dell'individuo portata avanti da un vasto movimento dottrinale, di cui si è cercato di dar conto, che ha posto al centro della propria attenzione scientifica lo strumento, appunto, della responsabilità civile.

La responsabilità civile, dunque, considerata come "grimaldello" per scardinare le ultime resistenze ad una elaborazione, dell'uomo e della famiglia, aperta ai giudizi esterni. Non più, pertanto, un nucleo casalingo chiuso come un fortino, all'interno del quale tutto può succedere e di cui nulla è dato sapere,

ma una compagine retta dal confronto paritario fra i suoi componenti e dal quale è bandito il verticismo decisionale.

È quindi forse ancora la famiglia quell'isola felice che il diritto può appena lambire? Pare di no ed in sintesi è forse proprio questo il messaggio che con il presente lavoro si è voluto sottoporre all'attenzione del lettore

L'opera in esame, aggiornata all'interpretazione giurisprudenziale più recente, presenta una nuova prospettiva di lettura delle crisi coniugali che portano alla separazione della coppia e, con maggior frequenza, al divorzio.

L'autore effettua una lettura trasversale di quegli obblighi e doveri di cui ci si fa carico nel momento in cui si contrae matrimonio. Si considerano le varie fragilità che oggi si incontrano nella famiglia piuttosto che nelle unioni cosiddette "irregolari". L'intera analisi viene supportata dalla giurisprudenza o meglio da quelle sentenze che oltre a contenere il dispositivo per le questioni proposte ha espresso concetti che ricercano nelle mutazioni sociali il significato giuridico riconosciuto dalla Costituzione.

Nel volume si affrontano le problematiche correlate alle forme di responsabilità che scaturiscono dal "contratto matrimoniale" e dai diritti/doveri di chi è partecipe di un rapporto di coppia. - Dalla famiglia tradizionale, alle unioni "irregolari" - La famiglia come soggetto giuridico - La famiglia come società naturale - Crisi endofamiliare tra responsabilità, colpa ed addebito - La tutela della personalità come obiettivo primario del nuovo assetto familiare - La lealtà come criterio informatore dei doveri coniugali... - La responsabilità penale. Il decalogo dei doveri nel raffronto con la legge civile - I precetti assistenziali: fedeltà e coabitazione - Infedeltà ed abbandono del domicilio come violazioni assistenziali - Solidarietà, assistenza e sussistenza - Il consenso come espressione della affermata eguaglianza - Il dissenso come aspetto patologico del rapporto - La fissazione della residenza, anche su nave. Profili sostanziali - La fissazione della residenza. Profili processuali: l'art. 706 c.p.c. - I vari livelli del dissenso e la riconciliazione - Autonomia e consenso nel rapporto di coppia - La convenzione conciliativa - Crisi e ripristino della relazione - Riconciliazione, successione delle circostanze, separazione di fatto e sessualità - L'intervento del giudice nella composizione del contrasto coniugale - L'art. 145 nella sua pratica applicazione - La fede religiosa ed i reati culturali - Fedeltà e cognome nella concreta applicazione del principio paritario - La condivisione nei rapporti tra i coniugi e nell'esercizio della potestà genitoriale - Forma e contenuti di un programma educativo condiviso - La genitorialità congiunta. Il genitore "psicologico" - Intollerabilità e tutela dei "soggetti deboli" da criterio economico a criterio esistenziale - La malattia del coniuge quale causa d'intollerabilità. La malattia mentale - Il "ripudio unilaterale". Lo strano caso della "falsa follia" - Puerocentrismo ed interesse superiore della prole - L'addebito: nesso causale, capacità d'intendere e di volere e comparazione delle condotte - Incidenza della violazione degli obblighi coniugali sulla pronuncia di addebito - L'infedeltà e l'abbandono del domicilio domestico - La mancata prestazione dell'assistenza - Legittimazione ad agire del coniuge responsabile e sindacato della Cassazione - Il rimedio risarcitorio in rapporto al tema dell'addebito.

Giuseppe Cassano

restaurant
YUAN

Via Ettore Vernazza, 8
16100 Genova
tel. 010 5702327
www.ristoranteyuan.com



Famiglia e Minori

Sentenze e Ordinanze

Tribunale per i Minorenni di Genova, decr. 26 settembre 2011, n. 1035 v.g. – Pres. Cavatorta.

PROCEDIMENTO civile - competenza Tribunale per i Minorenni - mantenimento figlio naturale - modifica statuizioni economiche - principio della concentrazione delle tutele.

In conformità al principio della concentrazione delle tutele (Corte di Cassazione ordinanza del 22.3.- 3.4. 2007 n. 8362), ove il Tribunale per i Minorenni abbia provveduto a statuire in ordine all'affidamento e al mantenimento del figlio naturale, rimane radicata presso tale giudice la competenza a decidere anche sulle sole modifiche di ordine economico.

La competenza del giudice ordinario, pertanto, tranne nell'ipotesi di connessione, viene derogata al fine di garantire la ragionevole durata del Processo e la logica del sistema che verrebbe meno ove un provvedimento venisse modificato da un'autorità giudiziaria differente da quella che ha adottato il provvedimento stesso.

A.T.

(... Omissis...)

Visti gli atti relativi al minore G. P. nt. Il 3.1.1997;
Sentiti i genitori del minore;

Rilevato che:

- il minore è figlio di genitori, non coniugati e non più conviventi;
- con provvedimento dell'11.3.2008 questo T.M. disponeva l'affidamento del bimbo ad entrambi i genitori, la sua collocazione presso la madre, le modalità d'incontro del piccolo col padre e stabiliva un assegno mensile a favore del minore nella misura di euro 300,00, oltre al 50% delle spese straordinarie documentate e concordate, a carico del sig. G.;
- con ricorso depositato il 9.11.2010 la madre del minore, lamentando che il padre non aveva mai provveduto a corrispondere le spese straordinarie documentate e concordate, chiedeva un assegno mensile a favore del minore nella misura di euro 500,00 onnicomprensivo;
- i genitori comparivano, con i rispettivi difensori, all'udienza fissata dinanzi al T.M.
- Il padre si dichiarava favorevole alla determinazione di un assegno onnicomprensivo per il mantenimento del figlio, domandando che non fosse superiore a 350,00 mensili non essendo a suo dire in grado di provvedere al pagamento di somme superiori a tale importo; egli peraltro affermava di corrispondere da alcuni anni la somma di euro 380,00 mensili per il mantenimento del figlio, comprensive dell'importo di 80 euro per spese odontoiatriche.
- Il G precisava altresì di lavorare a tempo parziale e di dover mantenere altra figlia nata da altra relazione.
- La sig.ra B. ha insistito nel ricorso.

Ritenuto che:

- in primo luogo deve ritenersi la competenza di questo Tribunale per i Minorenni a decidere su tale esclusivo aspetto del mantenimento del figlio naturale.
- La competenza del giudice specializzato in punto mera-

mente economico deve esser ritenuta conforme al principio della ragionevole durata del processo nell'ipotesi in cui vi sia una precedente pronuncia del Tribunale per i Minorenni in materia di affidamento del figlio e di statuizioni economiche. L'attrazione in capo al giudice minorile della decisione che investe la mera revisione del contributo al mantenimento del figlio, deve esser intesa come cognizione globale imposta dal principio della concentrazione delle tutele (Corte di Cassazione ordinanza del 22.3.- 3.4. 2007 n.8362), non potendo i soli aspetti temporali di proposizione delle diverse domande sul regime di affidamento e in punto di revisione economica incidere sul collegamento pur sempre esistente tra detti temi. Ciò anche sulla base della considerazione che ai sensi dell'art. 155. c.c., ai fini della determinazione dell'ammontare di contribuzione alle spese di allevamento del minore, deve aversi riguardo anche ai tempi di permanenza presso ciascun genitore, aspetto direttamente correlato al regime di affidamento e di visita.

- La concentrazione delle predette tutele in capo al medesimo organo giudicante che abbia precedentemente statuito anche in punto economico consente inoltre certamente di preservare un indirizzo giurisprudenziale univoco in merito alla quantificazione dell'assegno stesso e di evitare la disfunzione - contraria alla logica del processo - che un giudice diverso non adito in sede di reclamo, possa modificare il provvedimento di altra autorità giudicante.

Tale orientamento è stato seguito anche da altri giudici di merito tra cui in particolare quelli del T.M. di Brescia che col decreto del 4.02.2010 hanno affermato: " il Tribunale per i minorenni che nel regolare l'affidamento del minore abbia già emesso provvedimenti relativi al mantenimento del figlio naturale è competente a decidere nelle forme del procedimento camerale, anche sull'istanza di modifica delle sole statuizioni economiche".

Successivamente il Tribunale di Bologna col decreto del 28.12.2010 ha emesso una analoga decisione con riguardo al ricorso proposto da un padre che aveva chiesto la riduzione del contributo posto a suo carico presentando al tribunale ordinario la relativa istanza ex art. 155 c.c.

Avuto riguardo al principio della concentrazione delle tutele il Tribunale di Bologna ha dichiarato la propria incompetenza, essendo competente il Tribunale per i minorenni dell'Emilia Romagna. Ha argomentato che sebbene la richiesta di revisione riguardi il solo aspetto economico e la competenza del Tribunale ordinario sussista quando si richiede al giudice solo l'attribuzione dell'assegno (sentenza C. Cost., 5.3.2010, n. 82), nel caso di specie, peraltro, era stata richiesta la revisione dell'ammontare sul quale aveva già statuito il competente giudice minorile; in particolare il padre deduceva, sul punto, il peggioramento della sua situazione economica e chiedeva la riduzione del contributo.

Ad avviso di tali giudici la revisione può essere disposta soltanto dallo stesso giudice che a suo tempo aveva determinato il contributo, in virtù dell'applicazione effettiva del principio di concentrazione delle tutele.

Recentemente la Corte di Cassazione con l'ordinanza 5 maggio 2011, n. 9936 ha affermato che «In tema di filiazione naturale, la competenza a decidere sull'assegno di mantenimento, una

volta attratta al Tribunale per i Minorenni a seguito della contestuale proposizione della relativa domanda unitamente a quella sull'affidamento della prole, resta radicata presso il giudice minorile relativamente ad ogni successiva modifica del provvedimento adottato, impedendo la logica del sistema che esso possa essere modificato, in alcuna sua parte, da un giudice diverso, tranne nell'ipotesi di connessione che giustifichi lo spostamento di competenza»

Alla luce di tali indicazioni deve ritenersi che nel caso di specie, avuto riguardo ai redditi dell'obbligato (il G., che svolge l'attività di manovale, ha dichiarato nel 2011 un reddito lordo di euro 6.579,82, mentre la B. risulta ammessa al patrocinio dello Stato non avendo redditi sufficienti per provvedere direttamente alla sua difesa) appare equo rideterminare l'assegno di mantenimento a carico del G. nella somma onnicomprensiva che il medesimo ha dichiarato di corrispondere da alcuni anni, non avendo provato elementi ostativi alla prosecuzione di tale regime economico.

Al riguardo devono considerarsi altresì le potenzialità lavorative del G. (atteso che al momento è impiegato part time) ed i tempi di permanenza del minore con ciascun genitore (prevalenti presso la madre alla stregua del decreto di questo T.M. dell'11.03.2008).

P.Q.M.

Visto il parere del P.M.

Visti gli artt. 333 e 336, 155, 317 bis c.c.

A parziale modifica del precedente decreto dell'11.03.2008

Dispone

Che G.A. contribuisca al mantenimento del figlio G.P., corrispondendo un assegno mensile (...omissis...).

Tribunale per i Minorenni di Genova, decr. 5 dicembre 2011, n. 1055 v.g. – Pres. Sansa.

PROCEDIMENTO civile - competenza Tribunale per i Minorenni - separazione - divorzio - revisione delle condizioni di separazione e divorzio - modifica statuizioni economiche - principio della concentrazione delle tutele.

In base al più recente orientamento della Suprema Corte di Cassazione (ordinanza del 5.10.2011 n. 20354), le regole sulla ripartizione della competenza tra Tribunale ordinario e Tribunale per i Minorenni, nei procedimenti di separazione, divorzio nonché delle eventuali successive revisioni delle relative condizioni, in materia di affidamento, debbono essere derogate in virtù del principio della concentrazione delle tutele.

Il Giudice di legittimità, infatti, superando il proprio precedente orientamento consiglia di affrontare la risoluzione delle norme sullo svolgimento del processo verificandone la correttezza non solo sul piano della coerenza logico-concettuale, ma anche del suo impatto operativo al fine di individuare in capo ad un unico giudice l'autorità giurisdizionale competente a decidere in ordine alle tematiche in argomento, onde evitare il dispendio di costi, tempo e risorse delle parti interessate.

Conseguentemente, è ammissibile che il Tribunale ordinario si pronunci anche ultra petitum assumendo gli provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa anche quando emergano gravi inadempienze o atti che comunque arrechino pregiudizio al minore, ai sensi dell'art. 709 c.c.

A.T.

Visti gli atti relativi ai minore P.J. (nata ...) di Gi e di An.

Rilevato che:

- con decreto in data 30.11.2010 questo Tribunale, ha affidato la minore al Servizio Sociale del Comune di Genova disponendo il suo divieto di espatrio fino a quando il Tribunale Ordinario competente non avesse statuito circa l'affidamento della minore ad uno o a entrambi i genitori, o vi fosse diversa determinazione di questo T.M.;

- con lo stesso provvedimento è stato conferito un mandato allo stesso Servizio affinché svolgesse approfonditi accertamenti sulla condizione della minore, mantenendone la migliore collocazione insieme alla madre presso una struttura madre-bambino, attivando gli opportuni sostegni psicologici in favore della madre in collaborazione con la ASL competente accertasse le capacità genitoriali dei coniugi;

- il Servizio affidatario è stato altresì incaricato di curare la regolamentazione dei rapporti tra padre e figlia in ambito protetto e neutro alla presenza di un educatore;

tale provvedimento si era reso necessario in quanto il Servizio Sociale del Comune di Genova aveva in precedenza segnalato che la madre della bimba, di nazionalità polacca, aveva lamentato ai Servizi Sociali l'intollerabilità della convivenza con il marito, il quale a suo dire aveva messo in atto condotte violente nei suoi confronti (con reiterate percosse) anche di fronte alla figlia, che a sua volta sarebbe stata stratonata, in un episodio d'ira, dallo stesso Gi.;

nel corso degli interventi operati dai Servizi Sociali erano altresì venute alla luce alcune ulteriori informazioni allarmanti; infatti i Servizi avevano comunicato che la sig.ra An. si era presentata loro in stato di agitazione e molto spaventata, riferendo che il 3 novembre 2010 il marito aveva tentato di strangolarla mentre aveva in braccio la bambina; la donna aveva espresso la sua intenzione di separarsi dal marito;

- gli operatori sociali avevano quindi attivato gli interventi congiunti col Centro Antiviolenza e, stante l'urgenza ed il pericolo di pregiudizio per la minore e per la madre, le avevano inserite in una Comunità protetta;

- entrambi i genitori sono stati sentiti da questo Tribunale; le parti hanno ribadito i rispettivi assunti; in particolare la sig.ra An. ha lamentato il comportamento violento del marito nei suoi confronti in presenza della figlia; la An. ha affermato di aver intenzione di volersi separare legalmente dal marito, di voler permanere in Italia ove si trova anche la propria madre, che può aiutarla;

- il sig. Gi ha negato di aver mai percosso la moglie o la figlia; egli ha accusato la moglie di incapacità educativa con riguardo alla piccola J., giacché a suo avviso non riuscirebbe a contenerla o a proteggerla da comportamenti pericolosi (ingestione di monetine ecc.); il Gi. si è reso disponibile a dei sostegni individuali alla genitorialità presso il Consultorio familiare ed il Servizio Sociale competente;

- la nonna materna ha successivamente chiesto di esse sentita da questo T.M. ed all'udienza dell'8.3.2011 ha dichiarato che, a suo avviso, il padre della minore è persona violenta e negativa; ha riferito di presunti abusi dell'uomo nei confronti della piccola Julia per cui ha presentato denuncia presso la Procura di Genova;

- il padre della bambina con ricorso urgente depositato l'1.4.2011 ha chiesto a questo T.M., in via provvisoria, l'affidamento esclusivo della figlia e la sua collocazione presso di sé, con la determinazione del regime di visita della bimba alla madre;

- il sig. P. ha domandato, in ogni caso, di poter incontrare la figlia in forma libera e senza limitazioni di tempo; ha chiesto infine che sia disposta una CTU sull'intero nucleo familiare al fine di definire i ruoli, le capacità genitoriali e la migliore collocazione della bambina;
- il Servizio Sociale del Comune di Genova, con relazione del 2.3.2011 ha riferito che la sig.ra An. si trova inserita in una comunità protetta con la figlia ma che la donna ha evidenziato comportamenti poco contenitivi nei confronti della bimba;
- il Servizio Sociale ha quindi ritenuto opportuno il trasferimento di madre e figlia presso altra più adeguata comunità della rete madre-bambino, ove svolgere una più attenta osservazione della relazione tra la piccola J. e la madre;
- i Servizi hanno inoltre comunicato il positivo andamento degli incontri protetti tra padre e figlia;
- con decreto del 21/4/2011 questo Tribunale disponeva una consulenza tecnica d'ufficio tesa a valutare il rapporto esistente tra genitori e figlia e la sua migliore collocazione;
- la consulente con relazione inviata nel corso dei lavori peritali ha evidenziato che il comportamento della piccola J. denota un suo marcato disagio soprattutto nel contesto comunitario;
- la madre al presentarsi delle manifestazioni di angoscia della bimba appare in difficoltà; secondo il consulente la donna sarebbe affetta da disturbo della personalità di tipo dipendente con tendenza all'agito, oppositività, difficoltà a relazionarsi con l'altro;
- risulta dall'istruttoria una marcata conflittualità tra i genitori ed un'assenza di dialogo;
- la relazione della bimba col padre, regolata anche in ambito libero dal Servizio Sociale, appare in evoluzione;
- il 23.11.2011 gli operatori della Casa Famiglia "Madre C" di Genova hanno segnalato che J. ha posto in essere dei comportamenti aggressivi verso i piccoli ospiti della struttura; J. inoltre ha espresso ultimamente atteggiamenti di opposizione alla madre e agli educatori che si concretizzano nel lancio di oggetti, in atti autolesionistici ed anche in percosse alla stessa madre; quest'ultima ha riconosciuto con gli educatori il disagio della figlia ed è favorevole ad un sostegno psicologico in favore suo e della bimba;
- gli educatori temono per l'incolumità della bambina ed hanno chiesto la sua dimissione;
- all'udienza del 28.11.2011 le parti sono rimaste ferme sulle loro iniziali posizioni, accusandosi reciprocamente di turbe psichiche e di aver in passato fatto uso di stupefacenti;
- i genitori hanno comunicato che il 18.1.2012 è fissata l'udienza presidenziale per la separazione tra i coniugi;
- il padre ha chiesto che la figlia sia collocata presso di sé, mentre la madre ha domandato di esser dimessa dalla comunità con la bimba e di poter dimorare presso la sua abitazione sita in Genova;
- la Cmoch ha assunto altresì che l'indagine peritale non sarebbe completa non essendosi potuti espletare i test necessari sulla sua persona in assenza di un interprete atto a tradurli;
- la donna ha poi affermato di esser seguita dal Dott. Fornaro presso la ASL 3 di Genova, che l'ha sottoposta ad osservazione ritenendola persona adeguata ed equilibrata;
- la Cmoch ha poi dichiarato di esser supportata da uno psicologo privatamente e di esser disponibile a far sostenere la figlia sotto il profilo psicologico;
- il padre si è per contro opposto a tale intervento di supporto psicologico in favore della bambina, ha dichiarato che è pendente presso la Procura della Repubblica di Genova

un procedimento penale a suo carico in relazione alla denuncia di abuso sporta nei suoi confronti e di non esser stato ancora sentito dall'Autorità giudiziaria.

Ritenuto che:

- le manifestazioni di intenso disagio evidenziate dalla minore e riferite dalla Comunità e dal consulente tecnico suggeriscono, al solo fine di tutelare la bimba in via d'urgenza, una valutazione specifica neuropsichiatrica in suo favore presso un Ospedale specializzato;
- la condizione di pericolosità in cui si pone la minore suggerisce il suo ricovero con la madre presso l'Istituto Gaslini di Genova per la necessaria indagine specialistica;
- non avendo dato il padre il suo assenso ad un sostegno psicologico per la figlia la collocazione della bimba presso di lui appare al momento prematura;
- nel contempo non essendo ancora definito il procedimento penale a carico del Sig. Gi. è opportuno mantenere delle cautele nel rapporto tra padre e figlia e continuare il monitoraggio del Servizio Sociale; inoltre appare opportuno incaricare il Centro Maltrattamento e Abuso di Genova per una valutazione specialistica della minore.

Il servizio, continuerà a regolare i rapporti tra il genitore e la piccola J. eventualmente ampliandone la frequenza secondo le indicazioni dei sanitari, in attesa di una pronuncia del Tribunale Ordinario nella procedura di separazione;

Allo stato, si ritiene di non assumere ulteriori provvedimenti avendo le parti comunicato all'udienza del 28.11.2011, che sarà svolta il 18.1.2012 l'udienza presidenziale di separazione tra i coniugi;

alla luce della più recente giurisprudenza, deve ritenersi che nei procedimenti di separazione e di divorzio nonché di revisione delle relative condizioni, il Tribunale Ordinario sia competente a conoscere del comportamento pregiudizievole del genitore così pure del grave abuso che potrebbe dar luogo a pronuncia di decadenza dalla potestà (salvo che si chieda espressamente la decadenza, di esclusiva competenza del Tribunale per i Minorenni);

la Corte di Cassazione (v. ordinanza del 5.10.2011 n. 20354) fornendo tali indicazioni, da questo collegio condivise, ha precisato che l'art. 155 c.c., prima e dopo la novella del 2006, prevede che il Giudice della separazione possa decidere anche *ultra petitem*, assumendo i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa; inoltre ai sensi dell'art. 709 ter c.c. il Giudice della separazione può emettere i provvedimenti opportuni, anche quando emergano gravi inadempienze o atti che comunque arrechino pregiudizio al minore;

tale soluzione innovativa consente di superare le difficoltà interpretative non risolte nell'ambito della precedente giurisprudenza che individuava, in tema di affidamento di minori, il discrimine tra la competenza del Tribunale ordinario e quella del Tribunale per i Minorenni in riferimento al *petitum* e alla *causa petendi* indicando la competenza di quest'ultimo nel caso di domande finalizzate ad ottenere provvedimenti cautelari e temporanei idonei ad ovviare a situazioni pregiudizievoli per il minore anche se non di gravità tale da giustificare la decadenza dalla potestà ai sensi dell'art. 330 c.c.

La competenza del Tribunale ordinario si riteneva invece correlata (in sede di separazione, divorzio o di modifiche delle condizioni relative) alla domanda tesa ad individuare quale dei due genitori fosse più idoneo a prendersi cura del figlio (Cass. Sentenza del 15.3.2001 n. 3765).

Il nuovo orientamento, per contro, si fonda sul principio della

concentrazione delle tutele che consiglia di affrontare la risoluzione delle norme sullo svolgimento del processo verificandone la correttezza non solo sul piano della coerenza logico-concettuale ma anche del suo impatto operativo al fine di individuare in capo ad un unico giudice l'autorità giurisdizionale competente a decidere in ordine alle tematiche in argomento, onde evitare il dispendio di costi, tempo e risorse delle parti interessate; di una competenza residuale del Tribunale per i Minorenni si potrebbe parlare, ma non tanto con riferimento al contenuto della domanda, quanto piuttosto ai soggetti che potrebbero proporla (nel procedimento ex art. 333 c.c. parenti o Pubblico Ministero con possibilità in casi eccezionali di necessità ed urgenza di provvedimento di ufficio del Giudice minorile);

alla stregua di tale indicazione questo Tribunale deve disporre la trasmissione degli atti al Tribunale Ordinario competente per territorio nella causa di separazione tra i coniugi per l'adozione dei provvedimenti conseguenti.

Sulla scorta del nuovo orientamento il Giudice della separazione ha un ampio margine di valutazione della condizione del minore e di adozione di provvedimenti a sua tutela, in corso di causa e successivamente ad essa, dovendo le parti adirlo per le modifiche delle condizioni della separazione potendo il T.O., anche in sede di revisione delle predette condizioni, conoscere del comportamento pregiudizievole del genitore.

Per quanto riguarda la fase *ante causam* permane ai sensi dell'art. 333 c.c. la competenza del Tribunale per i Minorenni ad assumere provvedimenti a protezione del minore. Deve quindi ritenersi che nel caso di specie nelle more dell'inizio del giudizio di separazione questo Tribunale per i Minorenni sia competente ad assumere i provvedimenti urgenti a tutela della piccola J. in relazione al rischio di pregiudizio palesatosi nei suoi confronti.

La situazione di eventuale perdurare del rischio sarà riconsiderata dal Giudice della separazione (dal 18.1.2012), alla luce delle informative che i Servizi Sociali, l'Ospedale Gaslini, il CTU, il Centro Maltrattamento e Abuso, la ASL3, nonché la Comunità, che accoglie madre e figlia, potranno far pervenire al Tribunale Ordinario;

P.Q.M.

Visto il parere del P.M.
visti gli artt. 333-336 c.c.;

Conferma

Allo stato, nella situazione contingente, l'affidamento di J. al Servizio Sociale del Comune di Genova;

Dispone

in via d'urgenza, il suo ricovero con la madre presso l'Istituto Gaslini di Genova dal giorno 9.12.2011 per una valutazione specifica neuropsichiatrica della bimba presso tale Ospedale specializzato, i cui Sanitari, qualora vi fosse la remissione della fase acuta del disturbo comportamentale della bimba, potranno consentire il rientro in Comunità di madre e figlia;

che nel caso in cui la minore sia dimissibile, i Servizi Sociali curino la collocazione di madre e figlia nella comunità "M.Camilla" o in altra adeguata struttura indicata dagli stessi Servizi Sociali;

che i Sanitari ed i Servizi Sociali riferiscano al Tribunale civile di Genova con relazione, prima dell'udienza fissata per il 18.1.2012;

Dà mandato

allo stesso Servizio Sociale affinché regoli i rapporti tra il padre e la piccola J. eventualmente ampliandone la frequenza secondo le indicazioni dei sanitari, mantenendo uno stretto monitoraggio in attesa di una pronuncia del Tribunale Ordinario nella procedura di separazione;

al Centro Maltrattamento e Abuso di Genova, in collaborazione con l'Istituto Gaslini di Genova, di svolgere una osservazione ed una valutazione specialistica della minore fornendole supporto psicologico;

Prescrive

Ai genitori: di collaborare lealmente ed attivamente col Servizio Sociale; accettare le modalità di incontro padre-figlia quivi indicate; collaborare con i Sanitari dell'Ospedale Gaslini; Alla madre: di non allontanarsi con la minore dal territorio nazionale e di accettare il ricovero presso l'Ospedale Gaslini con la figlia;

Conferma il divieto

Temporaneo di espatrio della minore, fino a quando il Tribunale Ordinario competente non abbia statuito circa l'affidamento della minore ad uno o a entrambi i genitori; Dispone la trasmissione di copia degli atti rilevanti al Tribunale Ordinario competente. Efficacia immediata (...*omissis*...).

Massime

Corte d'Appello Genova, sez. III civ., decr. 31 gennaio 2011 - Pres. Rel. Sangiuolo.

FAMIGLIA – reclamo ex art. 708 c.p.c. – natura dell'impugnazione – modalità anomala ed eccezionale.

Il reclamo ex art. 708 c.p.c. costituisce una modalità impugnatoria del tutto anomala ed eccezionale, ammissibile solo per erroneità manifesta della decisione assunta in limine dal Presidente, appartenendo al G.I. della causa in primo grado il potere-dovere di eventualmente riesaminare il provvedimento per circostanze sopravvenute ivi compresa la miglior conoscenza di fatti preesistenti sulla scorta anche degli esiti delle attività istruttorie che trovano la loro collocazione nel giudizio di primo grado. Diversamente opinando il giudizio della fase verrebbe a coincidere con le determinazioni dell'istruttore, con duplicazione delle valutazioni che saranno rimesse al vaglio della Corte nel successivo eventuale giudizio di gravame contro la sentenza che sarà emessa all'esito dell'istruttoria.

(Art. 708 c.p.c.)

F.MA.

Corte d'Appello Genova, sez. III civ., decr. 23 marzo 2011 – Pres. Rel. Sangiuolo.

FAMIGLIA – reclamo avverso decreto del T.M. – danno alla prole – ammissibilità dell'impugnazione – violazione del contraddittorio – nullità del decreto gravato.

È ammissibile il reclamo avverso il provvedimento provvisorio ed urgente adottato dal T.M. ai sensi degli art. 333 e 336 c.c. nell'ambito di una procedura ben lungi dall'essere conclusa, quando il decreto gravato sia tale da incidere grandemente sulle posizioni soggettive delle persone coinvolte e sia passibile di comportare gravi conseguenze nelle condizioni di vita delle predette.

Allorquando poi non sia stato consentito alle parti interessate di comparire e contraddire esercitando il diritto di difesa e dunque sia stato violato il principio del contraddittorio – che è precetto cardine dell'ordinamento applicabile anche nelle procedure camerale non unilaterali – va dichiarata la nullità del gravato decreto.

(Art. 739 c.p.c. – art. 4 L. 54/2006 – art. 708 c.p.c.)

(Nel caso di specie, il T.M. aveva disposto in via provvisoria ed

urgente l'affido di tre minori al Comune per il collocamento etero familiare, sul presupposto dell'esistenza di gravi problemi nel loro accudimento in capo alla madre – di cui neppure era stata disposta l'audizione – e dello stato di carcerazione del padre).

F.MA.

Corte d'Appello Genova, sez. III civ., decr. 27 maggio 2011 – Pres. Rel. Sangiuolo.

FAMIGLIA – reclamo ex art. 708 c.p.c. – natura dell'impugnazione – affidamento di minore – danno alla prole – ammissibilità.

In materia di affido, il rimedio ex art. 708 c.p.c. deve ritenersi assentito ogni volta che dalla esecuzione del provvedimento – che appaia ictu oculi non adeguato alle esigenze dei minori come emergenti dagli atti – possa derivare un immediatamente apprezzabile danno alla prole.

(Art. 708 c.p.c.)

F.MA.

Corte d'Appello Genova, sez. III civ., decr. 27 luglio 2011 – Pres. Sangiuolo – Rel. Latella.

FAMIGLIA – reclamo ex art. 708 c.p.c. – natura dell'impugnazione – modalità anomala ed eccezionale.

Il reclamo ex art. 708 c.p.c. costituisce una modalità impugnatoria di natura eccezionale che consente la riforma del provvedimento impugnato solo in caso di erroneità evidente e manifesta, essendo un mezzo impugnatorio non assimilabile all'appello. In caso contrario, l'attività della Corte di Appello verrebbe a sovrapporsi all'attività del Giudice istruttore della causa di separazione. Pertanto, allorquando il provvedimento presidenziale appaia congruo il relazione alla situazione emersa in seguito alla sommatoria istruttoria propria della fase presidenziale, il reclamo va rigettato con conseguente condanna del reclamante a rifondere le spese processuali della fase.

(Art. 708 c.p.c.)

F.MA.

Documenti

La sottrazione internazionale di minori

Rossella Atzeni

Magistrato

Sommario: 1. *La Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 - Rapporti col Regolamento CE n. 2201/2003.* - 2. *La nozione di custodia e l'esercizio effettivo del diritto di affidamento.* - 3. *Il diniego del ritorno.* - 3.1. *Fondato rischio di pericoli fisici e psichici, o di una situazione intollerabile, conseguenti al ritorno.* - 3.2 *La recente giurisprudenza della Corte dei Diritti dell'uomo.* - 3.3. *Conclusioni e raccomandazioni adottate dalla Commissione speciale per il funzionamento pratico della Convenzione dell'Aia del 1980 e del 1996 nel corso della sua riunione del 01-10 giugno 2011.* - 3.4. *La giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo esaminata dalla Commissione speciale per il funzionamento pratico della Convenzione dell'Aia del 1980 e del 1996 nel corso della sua riunione del 01-10 giugno 2011.* - 4. *La richiesta di ritorno.* - 5. *La Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 e il Regolamento CE Bruxelles II bis.* - 6. *Il termine per la decisione.* - 7. *La mediazione.* - 7. a) *La mediazione nella Convenzione dell'Aia e nel contesto europeo.* - 7 b) *La Mediazione secondo le Conclusioni dalla Commissione speciale per il funzionamento pratico della Convenzione dell'Aia del 1980 e del 1996 adottate nella sesta riunione del 01-10 giugno 2011.* - 8. *Il ritorno in caso di misure adeguate a protezione del minore.* - 9. *Il provvedimento contro il ritorno del minore nel Regolamento 2201/2003.* - 10. *I provvedimenti di cui all'Articolo 15 del regolamento n.2201/2003: trasferimento delle competenze a una autorità giurisdizionale più adatta a trattare il caso.* - 11. *L'ascolto del minore.* - 12. *Cooperazione Internazionale e Sottrazione Internazionale di minori: la comunicazione giudiziale diretta tramite la rete dei Giudici dell'Aia.*

1. La Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 - Rapporti col Regolamento CE n. 2201/2003.

Il fenomeno della sottrazione internazionale di minori è divenuto negli ultimi decenni viepiù importante in relazione all'incremento delle coppie miste, conseguenza dell'accresciuta facilità di spostamenti e di stabilimento nell'ambito dell'Unione europea e dei flussi migratori provenienti in Europa soprattutto dai continenti Sudamericano, Africano ed Asiatico.

Questo studio ha lo scopo di mettere in relazione la tutela approntata dalla Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 con il Regolamento CE n. 2201 del 2003 (Bruxelles II bis) relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che ha abrogato il regolamento (CE) n. 1347/2000. La finalità è quella di fornire un ausilio ai pratici del diritto anche tramite l'esame di casi concreti realmente verificatisi.

Occorre sottolineare che alla Convenzione dell'Aia hanno aderito tutti gli Stati membri dell'Unione europea.

Tale Convenzione prevede un procedimento d'urgenza applicabile nel caso in cui sia avvenuto il trasferimento illecito di un bambino all'estero, senza il consenso dell'altro genitore o dell'affidatario (persona fisica o ente) ovvero quando il mi-

nore sia lecitamente portato all'estero, ma sia ivi trattenuto e ne sia impedito il rientro nel paese di residenza abituale. La nozione di residenza abituale (art. 3 della Convenzione dell'Aia) va definita con riferimento al luogo in cui il minore - anche di fatto - ha il centro dei propri interessi e dei propri legami affettivi e come precisato dalla Corte di Cassazione "è individuata "con riferimento al luogo in cui il minore, in virtù di una durevole e stabile permanenza, anche di fatto, ha il centro dei propri legami affettivi, non solo parentali, derivanti dallo svolgersi in detta località della sua quotidiana vita di relazione"(1).

La Convenzione ha l'obiettivo di garantire il bambino leso dal trasferimento illecito e di ripristinare la sua condizione di vita preesistente.

A tal fine, il principio cardine su cui si fonda la disciplina convenzionale è correlato al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni relative all'affidamento del minore che, già rese prima della sottrazione in uno degli Stati contraenti, avranno, appunto, esecuzione e riconoscimento anche negli altri Stati parte della Convenzione.

È quindi evidente che la *ratio* cui si informa tale principio è quella di porre rimedio all'ipotesi in cui un genitore ponga in atto la sottrazione del figlio all'altro genitore, al fine di evitare le statuizioni assunte, in tema di affidamento, dall'Autorità giudiziaria di un certo paese che considera a sé sfavorevoli(2).

Per tale ragione la Convenzione dell'Aia nega all'Autorità giudiziaria dello Stato in cui il minore si trova illegalmente, di emettere pronunce sul merito modificando il regime giuridico dell'affidamento - immediatamente preesistente all'allontanamento forzato dal luogo di residenza abituale - in favore del genitore che ha posto in atto la condotta illecita. Deve ricordarsi inoltre che la possibilità di applicazione della Convenzione cessa allorché il minore compie 16 anni (art. 4 della Convenzione).

2. La nozione di custodia e l'esercizio effettivo del diritto di affidamento.

Il concetto di custodia, rilevante ai fini della Convenzione dell'Aia del 1980, prescinde dalla presenza di un titolo giuridico e si individua in una situazione di fatto comprensiva, da un lato, della cura materiale ed affettiva del minore e, dall'altro, del potere di decidere della sua residenza.

La normativa convenzionale considera, pertanto, il diritto di custodia in capo ai genitori anche per il solo fatto procreativo, giacché tale diritto non deve derivare necessariamente da un provvedimento o da un accordo, ma può trarre origine anche dalla legge.

Peraltro, un dato indispensabile per l'applicabilità della Convenzione è che il diritto di custodia sia effettivamente esercitato al momento del trasferimento del minore o avrebbe potuto esserlo se non si fossero verificate tali circostanze (art. 3 lett. b). Tra le ipotesi legittimanti il diniego del ritorno del minore, è stato oggetto di specifico chiarimento, da parte della Corte di Cassazione, il caso di mancato esercizio dell'affidamento da parte del genitore richiedente il ritorno.

Il caso deciso dalla Corte è quello di un cittadino messicano, Reguera, che aveva inoltrato all'Autorità Centrale di Roma

un ricorso ai sensi della Convenzione dell'Aia assumendo l'illegittimità della decisione della madre affidataria dei figli, Cumming Ortega, di stabilirsi nell'agosto 2003 con i minori in Italia(3).

Il Tribunale per i Minorenni di Roma aveva accolto il ricorso osservando che la scelta della madre di condurre con sé i figli all'estero non era stata concordata con l'ex marito e non era stata indotta dal fondato rischio per i minori di esser esposti a situazioni intollerabili ovvero a pericoli fisici e psichici, derivanti dall'esercizio del diritto di visita riconosciuto al padre dall'autorità messicana, in sede di separazione giudiziale.

I giudici minorili romani avevano inoltre considerato che a quest'ultimo veniva impedito di mantenere un rapporto costante con i figli, che il trasferimento non aveva determinato la modifica della residenza abituale in Messico dei minori, non potendosi ritenere mutato il centro principale dei loro interessi quale conseguenza diretta ed automatica del reperimento di un lavoro in Italia da parte della madre.

Infine i giudici minorili avevano ritenuto infondata la richiesta della madre di modificare le modalità di visita alla luce dell'intervenuto trasferimento in Italia, vertendosi in ipotesi di sottrazione internazionale di minori con la conseguenza necessaria applicazione della Convenzione dell'Aia. Avverso il decreto del Tribunale per i Minorenni la Cumming Ortega aveva successivamente proposto ricorso per Cassazione.

La Suprema Corte, all'esito del giudizio, aveva cassato il decreto impugnato decidendo la causa nel merito. Aveva affermato, in particolare, che "per quanto nell'art. 1 della Convenzione dell'Aia si indichi espressamente tra le finalità della Convenzione quella di assicurare che i diritti di affidamento e di visita previsti in uno Stato contraente siano effettivamente rispettati negli altri Stati contraenti, i meccanismi processuali diretti a garantire le celere ricostituzione della situazione preesistente alla sottrazione del minore sono destinati ad operare esclusivamente in caso di violazione di un diritto di affidamento" (art. 8).

Sul piano dei presupposti dell'ordine di ritorno, infatti la Convenzione attribuisce rilievo esclusivo alla violazione di un diritto di custodia, con la sola condizione che esso sia effettivamente esercitato al momento del trasferimento o del non ritorno e che a sua volta, sia stato conferito da un'attribuzione legale, da una decisione giudiziaria o amministrativa o da un accordo, la cui sussistenza deve valutarsi secondo le norme dello Stato di residenza del minore".

Pertanto, "il trasferimento di un minore all'estero, deciso legittimamente dal genitore affidatario, non potrebbe mai qualificarsi illecito ed essere disciplinato alla stregua delle disposizioni previste per il c.d. *legal kidnapping*, dato che la Convenzione ricollega l'illiceità del trasferimento o del mancato rientro del minore esclusivamente alla violazione di un diritto di affidamento".

Conseguentemente, quando è il genitore affidatario in via esclusiva a "sottrarre" il minore all'altro genitore, quest'ultimo non può domandare il ritorno immediato del figlio, stante la liceità del suo trasferimento a seguito di una decisione sulla scelta della residenza che legittimamente spetta al genitore affidatario".

Alla luce di tale pronuncia della Suprema Corte ci si può chiedere, peraltro, quali strumenti di tutela abbia il genitore che voglia esercitare il suo diritto di visita nei confronti dei figli, ormai trasferitisi legittimamente all'estero. Ma ci si può interrogare altresì se analogo principio deve applicarsi

se i genitori siano contitolari del diritto di affidamento (affidamento condiviso).

2. a) Con riguardo al primo interrogativo occorre osservare che l'art. 21 della Convenzione permette al genitore che vuole esercitare il diritto di visita dei figli trasferitisi legittimamente in un altro Stato contraente di sollecitare l'Autorità centrale dello Stato in cui i minori si trovano, affinché essa dia avvio ad un procedimento teso ad ottenere una decisione dell'Autorità giudiziaria competente, in merito alla regolamentazione dei rapporti con i figli, necessaria in ragione del mutato assetto della collocazione dei medesimi figli.

È tale il caso deciso dal Tribunale per i Minorenni di Genova con riguardo al ricorso proposto da un padre, cittadino danese, titolare di un diritto di affidamento condiviso con riguardo ai due figli minori, trasferitisi in Italia con la madre. In questa ipotesi il padre adiva l'Autorità centrale al fine di veder regolata la sua facoltà di incontro con i figli e metteva nel contempo in evidenza la necessità di suddividere tra le parti le spese di viaggio relative ai necessari trasferimenti dei ragazzi.(4)

In questa ipotesi, l'istruttoria svolta permetteva di comprendere il regime di visita preesistente al trasferimento in Italia, nonché la situazione attuale dei bambini, i loro impegni scolastici e sociali, al fine di determinare un calendario d'incontri col padre che tenesse conto delle loro esigenze di studio e di relazione nel luogo di residenza.

Sotto il profilo della partecipazione di ciascun genitore alle spese di viaggio dei figli, necessarie alle visite in Danimarca, veniva svolta l'analisi dei documenti prodotti dalla convenuta relativi alla determinazione degli obblighi alimentari di mantenimento dei figli, già decisi dall'Autorità danese sulla base di parametri predeterminati con riguardo all'appartenenza a determinate fasce di reddito, cui ci si ateneva anche al fine di stabilire la partecipazione dei genitori agli oneri di trasferimento dei figli.

2. b) Con riferimento al secondo interrogativo circa l'applicazione della Convenzione dell'Aia nell'ipotesi in cui i genitori siano contitolari del diritto di affidamento (affidamento condiviso) è possibile affermare che la Corte di Cassazione nella stessa pronuncia citata indica che "in caso di violazione di un diritto di custodia, attribuito al genitore in via esclusiva o congiunta, obiettivo della Convenzione è ripristinare la situazione preesistente alla violazione, consentendo al minore di tornare il prima possibile a vivere col genitore a cui è stato illecitamente sottratto.

Nel caso in cui invece a esser compromesso con il trasferimento del minore all'estero sia il diritto di visita del genitore non affidatario, l'obiettivo della Convenzione - difettando il presupposto della illiceità del trasferimento a norma dell'art. 5 - è garantire a quest'ultimo, con l'ausilio dell'Autorità centrale, l'effettività dell'esercizio del suo diritto di visita o, in alternativa una ridefinizione dei suoi rapporti col figlio alla luce del nuovo contesto ambientale in cui il medesimo si è trasferito"(5).

Con riguardo alla normativa europea è inoltre importante ricordare che l'art. 2 del Regolamento CE n. 2201/2003 stabilisce che: "L'affidamento si considera esercitato congiuntamente da entrambi i genitori quando uno dei titolari della responsabilità genitoriale non può, conformemente ad una decisione o al diritto nazionale, decidere il luogo di residenza del minore senza il consenso dell'altro titolare della responsabilità genitoriale".

Quindi, ai sensi del Regolamento citato, l'affidamento condiviso implica necessariamente che la scelta del luogo di re-

sidenza del minore debba esser assunta congiuntamente dai genitori e comporta conseguentemente su tale aspetto l'illegittimità di eventuali decisioni assunte da un solo genitore unilateralmente.

Recentemente la Corte di Cassazione ha ulteriormente chiarito quali debbano esser gli approfondimenti necessari da parte dei giudici di merito nell'ipotesi in cui nell'ambito del regime dell'affidamento condiviso il trasferimento del minore all'estero sia non concordato con l'altro genitore(6).

In particolare è stato affermato con maggior precisione che anche nell'ipotesi in cui i genitori siano titolari dell'affidamento condiviso di un minore - secondo la Convenzione dell'Aia del 1980 - il giudice ha l'onere di verificare in concreto l'effettività del diritto di custodia del bimbo da parte del genitore che ne domanda il ritorno.

La Corte di Cassazione, infatti, ha cassato con rinvio il decreto del Tribunale per i Minorenni di Milano in applicazione del principio secondo cui ciò che realmente conta - ai fini dell'applicazione della disciplina convenzionale per disporre il rientro di un minore - è l'effettività dell'esercizio del diritto di affidamento. In particolare la Corte ha ritenuto inadeguata e insufficiente la motivazione dei giudici milanesi in punto di effettività dell'esercizio del diritto previsto ex artt. 3 e 13 della Convenzione dell'Aia del 1980, pronunciandosi sul ricorso della madre (cittadina italiana) che aveva assunto che il padre (cittadino tedesco), benché contitolare di un affidamento congiunto - a seguito di separazione legale - esercitasse, in concreto, soltanto il diritto di visita dei figli.

Tale pronuncia appare particolarmente interessante laddove traccia il percorso istruttorio cui il giudice di merito è tenuto a seguire ai fini dell'accertamento predetto.

Con riguardo alla dimostrazione del mancato esercizio del diritto di affidamento, cui è tenuta la persona che si oppone al ritorno del minore, occorre infatti ricordare che "il principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c. non implica affatto che la dimostrazione dei fatti costitutivi del diritto preteso debba ricavarsi esclusivamente dalle prove offerte da colui che è gravato dal relativo onere", vigendo il principio di acquisizione per cui il giudice, per la formazione del suo convincimento, deve utilizzare tutte le risultanze istruttorie comunque acquisite al processo.

Nella specie, tali sono state ritenute dalla Corte le dichiarazioni rese dal padre dinanzi al Tribunale per i Minorenni di Milano in relazione alle specifiche modalità con cui in concreto accudiva i suoi due figli nel periodo antecedente al loro espatrio, onde valutare se esse legittimassero o meno la tutela da lui auspicata. Inoltre, i giudici di merito non avevano provveduto all'ascolto dei minori, asserendo che la loro audizione non pareva opportuna in relazione all'età.

Sul punto, pur trattandosi nel caso specifico di procedimento per assunto mancato illecito rientro nella originaria residenza abituale, in cui l'ascolto del minore non è imposto per legge in ragione del carattere urgente e ripristinatorio di tale procedura, (7) tuttavia la Corte ha altresì precisato in tale occasione che anche in tale procedimento l'audizione dei minori è in genere opportuna, se possibile.

Si deve rammentare altresì che l'ascolto del minore è espressamente previsto dall'art. 11 comma 2 del Regolamento CE 2201/2003.

3. Il diniego del ritorno.

La Convenzione dell'Aia prevede le ipotesi in cui l'Autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto non è tenuta ad ordinare il ritorno del minore.

Le ipotesi sono tassative ed individuate in specifiche circostanze che devono esser dimostrate dall'istante. Esse si realizzano quando:

a) il ricorrente non esercitava effettivamente il diritto di affidamento o aveva acconsentito al mancato rientro (come già detto in precedenza, ex art. 13, lett.a);

b) è ravvisabile il fondato rischio che il minore sia esposto a pericoli psico-fisici o a situazioni intollerabili;

Inoltre il giudice può rifiutare il ritorno se :

il minore vi si oppone ed ha un'età e un grado di maturità tali che sia opportuno tenere conto del suo parere (art. 13, II comma);

- sia già decorso un anno dall'illecito trasferimento e si dimostri che il minore si sia già integrato nel nuovo ambiente (art. 12, II comma).

infine l'art. 20 della Convenzione indica, in generale, il caso in cui la domanda di ritorno sia incompatibile con i principi fondamentali dello Stato richiesto.

3.1. Fondato rischio di pericoli fisici e psichici, o di una situazione intollerabile, conseguenti al ritorno.

Una ragione che legittima il diniego di rimpatrio come suaccennato è "il rischio grave di pericoli fisici e psichici, o di una situazione intollerabile che il minore possa correre per l'effetto del rientro" (art. 13 lettera b della Convenzione dell'Aia).

È però necessaria la prova specifica (e non generica) di tale rischio.

Un caso emblematico, al riguardo, è quello deciso dal Tribunale di Barcellona nel 2009, relativo ad una coppia di coniugi, di cittadinanza spagnola (la moglie) e tedesca (il marito), che aveva stabilito la residenza in Belgio ed aveva avuto due figli (al momento della sottrazione di 4 e 6 anni). Durante un soggiorno estivo in Spagna presso i familiari della moglie, i coniugi avevano vissuto una grave crisi coniugale a causa della quale il marito aveva deciso di rientrare in Belgio con l'accordo che il 31 agosto la moglie sarebbe ritornata con i figli a Bruxelles.

Tuttavia la madre dei bimbi aveva deciso di rimanere in Spagna ed in settembre vi aveva iscritto i figli a scuola, senza darne notizia al padre.

A seguito di questa decisione il marito aveva iniziato in Belgio una procedura tesa ad ottenere la custodia dei figli, ai sensi dell'art. 10 del Regolamento CE 2003/2201.

Nello stesso tempo egli aveva richiesto il ritorno dei figli all'Autorità Centrale spagnola.

Tale Autorità aveva verificato che i bambini si trovavano effettivamente in territorio spagnolo, presso il domicilio della nonna materna; quindi, il Rappresentante legale dello Stato aveva instaurato una procedura orale dinanzi all'Autorità giudiziaria volta al ritorno dei minori, secondo quanto previsto dagli artt. 951-958 del codice di procedura civile spagnolo del 1881.

In detta procedura la madre si era opposta al ritorno dei figli asserendo che in questo caso essi sarebbero stati esposti a un grave rischio (secondo l'art. 13 lett. b) della Convenzione dell'Aia).

Al fine di provare l'esistenza di tale rischio la madre aveva fornito due indicazioni:

i figli, al momento, erano in tenera età ed erano stati accuditi in prevalenza dalla stessa convenuta, cosicché se essi fossero tornati col padre avrebbero subito il trauma del distacco dalla madre;

il padre, nel frattempo, aveva accettato un'offerta di lavoro

ad Abu Dhabi e vi era il rischio che egli vi si trasferisse con i figli, senza l'accordo della madre.

Contemporaneamente nella procedura belga il giudice aveva deciso concedendo la custodia esclusiva dei figli al padre.

Con riguardo a tale caso, conformemente alla giurisprudenza spagnola, i giudici di Barcellona avevano affermato che il distacco dei bambini dalla madre non può costituire un motivo ostativo al ritorno dei figli nello Stato d'origine.

Gli stessi giudici avevano ritenuto, inoltre, che il Tribunale competente a decidere sulla facoltà del padre di condurre con sé stabilmente i figli ad Abu Dhabi fosse solo quello belga, in quanto Bruxelles era il luogo di residenza abituale dei minori(8).

Pertanto è stato chiarito nel caso specifico che la madre potesse domandare al Tribunale belga delle misure cautelative volte ad evitare l'allontanamento dei figli col padre per altra destinazione.

In particolare a questo proposito è stato evidenziato che il giudice adito, in via cautelare, qualora vi è il rischio di sottrazione di un minore, possa - per impedirne l'espatrio - disporre il ritiro del suo passaporto.

3.2 La recente giurisprudenza della Corte dei Diritti dell'uomo.

L'interpretazione della Convenzione dell'Aia del 1980 è stata oggetto di differenti pronunce da parte della Corte dei Diritti dell'uomo.

La Corte ha di recente indicato alle autorità nazionali l'obbligo di effettuare un esame approfondito della situazione dell'intera famiglia, nell'interesse superiore del bambino, considerando i suoi aspetti psicologici e materiali, conseguenti al ritorno.

In particolare, ad avviso della Corte, le autorità nazionali dello Stato sul cui territorio risiedeva il minore prima che fosse illecitamente sottratto da uno dei genitori devono valutare, in primo luogo, l'interesse superiore del bambino.

La Corte di Strasburgo ha ritenuto contrario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e in particolare al diritto al rispetto della vita privata e familiare, il comportamento delle autorità nazionali che adottino un provvedimento di ritorno del minore in modo automatico, senza considerare gli effetti e i possibili danni, anche di carattere psicologico, sul bambino.

Tali indicazioni sono state svolte nella sentenza relativa al caso Sneerson e Kampanella contro Italia (9) che trae origine dalla decisione del Tribunale per i Minorenni di Roma di disporre l'affidamento esclusivo al padre di un bambino nato da una coppia, la cui madre era di nazionalità lettone. In seguito alla separazione, il piccolo, che era stato affidato alla madre, era stato portato dalla donna in Lettonia ove, a suo dire, avrebbe goduto di migliori condizioni di vita, giacché il padre non contribuiva al suo mantenimento e le impediva così di vivere in Italia.

Il padre aveva successivamente domandato al Tribunale per i Minorenni di Roma l'affidamento esclusivo del figlio. La sua domanda era stata accolta ed era stato altresì disposto il ritorno del minore. Il decreto non era stato però riconosciuto dai giudici lettoni che l'avevano ritenuto contrario all'interesse superiore del bambino. Dopo l'esperimento di diversi ricorsi giudiziari, la Lettonia aveva domandato alla Commissione europea l'avvio di un procedimento d'infrazione contro l'Italia per l'inosservanza del Regolamento n. 2201/2003, domanda peraltro non accolta in ragione del parere motivato contrario della competente autorità europea, che non ha rinvenuto violazioni del diritto Ue.

La Corte dei Diritti dell'uomo, adita successivamente, ha peraltro indicato che i giudici nazionali devono evitare ogni automatismo nelle decisioni di ritorno di un minore e procedere ad un attento esame della situazione, fornendo un'adeguata motivazione sull'inesistenza di rischi per il bimbo in caso di rientro nel paese di residenza abituale, senza trascurare alternative al ritorno.

Nel caso specifico ha affermato che non sono sufficienti le sole assicurazioni del padre per ritenere che non sussistano tali rischi.

Le autorità nazionali sono tenute ad esame approfondito della situazione dell'intera famiglia e devono tener conto di diversi fattori, tra i quali lo stato di fatto, gli aspetti psicologici, materiali e medici.

Ciò, ad avviso della Corte trova conferma nella Convenzione dell'Aia del 1980, il cui art. 13 b) esclude il ritorno del minore in caso di fondato rischio che il bimbo sia esposto a pericoli psico-fisici o a situazioni intollerabili.

Tale norma prevedendo però un'eccezione, deve essere applicata con rigore al fine di evitare che l'obiettivo della Convenzione sia frustrato.

Nel caso in esame la Corte ha ritenuto che i giudici nazionali non avevano tenuto in debito conto i danni che il bambino avrebbe potuto subire al rientro in Italia poiché non parlava la lingua italiana ed aveva avuto scarsi legami col padre. Inoltre il distacco dalla madre, che l'aveva accudito stabilmente dalla nascita, avrebbe ulteriormente aggravato la sua situazione psicologica.

Già nella sua decisione relativa al caso Neulinger Shuruk contro Svizzera, la stessa Corte (10) aveva affermato la necessità di tenere in debito conto quanto previsto dall'art. 3 c. 1 della Convenzione sui diritti del fanciullo e cioè che in tutte le decisioni ad esso relative l'interesse superiore del bambino deve avere una considerazione preminente.

In quella occasione la Corte aveva indicato l'inopportunità del ritorno di un bimbo in Israele, deciso dalle autorità israeliane, accogliendo la domanda della madre che lo aveva condotto con sé in Svizzera per liberarlo dalle regole cui voleva sottoporlo il padre imponendogli la frequenza di una scuola ultraortodossa.

Si osserva al riguardo, tuttavia, che la sussistenza del rischio che il bimbo sia esposto a pericoli psico-fisici o a situazioni intollerabili, deve essere provata.

Non a caso l'art. 13 lett. b) della Convenzione richiede che detto rischio sia fondato.

Inoltre è da sottolineare che in virtù dell'art. 11 del Regolamento Ce n. 2201/2003 il ritorno del minore può essere disposto anche in caso di rischio per il minore, qualora nello Stato di origine siano adottate misure protettive, con un'evidente discrepanza tra il regolamento e la Convenzione (come si vedrà anche in seguito).

La Corte dei Diritti dell'uomo indica comunque la necessaria preminenza dell'interesse superiore del fanciullo.

3.3. Conclusioni e raccomandazioni adottate dalla Commissione speciale per il funzionamento pratico della Convenzione dell'Aia del 1980 e del 1996 nel corso della sua riunione del 01-10 giugno 2011.

La Commissione speciale si è riunita a giugno in occasione del sesto meeting sull'applicazione della Convenzione dell'Aia del 1980 e del 1996.

I lavori della Commissione hanno dato luogo a delle Conclusioni e a delle Raccomandazioni per gli Stati contraenti (11).

Con riferimento all'aspetto della violenza domestica, la

Commissione ha constatato che molti Stati trattano la questione della violenza coniugale e familiare con alta priorità, in particolare attraverso la sensibilizzazione e la formazione. Tuttavia le decisioni delle autorità giudiziarie dei diversi paesi aderenti spesso non sono uniformi al riguardo.

Nel caso in cui sia invocata l'applicazione dell'articolo 13 b) della Convenzione del 1980 in relazione ad atti di violenza coniugale o familiare, le accuse di violenza domestica e i potenziali rischi per il bambino dovrebbe essere esaminati in modo rapido ed appropriato nella misura richiesta dagli obiettivi di questa eccezione.

La Commissione Speciale ribadisce il suo sostegno alla promozione di una maggiore coerenza nel trattare le accuse di violenza coniugale e familiare in applicazione dell'articolo 13 b) della Convenzione del 1980.

La stessa Commissione ha considerato le tre seguenti proposte per i lavori futuri volti a promuovere la coerenza nell'interpretazione e nell'applicazione dell'articolo 13 b), della Convenzione del 1980, e nel trattamento della questione della violenza coniugale e familiare sollevata nell'ambito delle procedure di ritorno ai sensi della Convenzione 1980: (a) una proposta che comprende, tra le altre cose, lo sviluppo di una guida di buone pratiche in merito all'applicazione dell'articolo 13 (1) b).

(b) la creazione di un gruppo di lavoro composto in particolare dai membri della Rete Internazionale dei giudici dell'Aia, che esaminerà la fattibilità di sviluppare uno strumento appropriato per aiutare nella valutazione dell'eccezione fondata sul grave rischio di pericolo.

(c) l'istituzione di un gruppo di esperti, tra cui in particolare giudici, esperti delle Autorità centrali e altri esperti nelle dinamiche di violenza domestica, per sviluppare dei principi o una guida relativi a pratiche riguardanti il trattamento di accuse di violenza domestica.

La Commissione speciale ha riconosciuto l'importanza dell'assistenza fornita dalle Autorità centrali e altre autorità competenti per ottenere informazioni dallo Stato richiedente, quali i rapporti di polizia, degli operatori sanitari e sociali, e le informazioni sulle misure di protezione e modalità d'intervento disponibili nello Stato in cui il minore deve fare ritorno.

La Commissione Speciale inoltre ha ribadito l'importanza della comunicazione giudiziaria diretta, in particolare attraverso le reti giurisdizionali, al fine di valutare se siano disponibili misure di protezione per il bambino e per il genitore che lo accompagna nello Stato in cui il bimbo deve essere restituito.

3.4. La giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo esaminata dalla Commissione speciale per il funzionamento pratico della Convenzione dell'Aia del 1980 e del 1996 nel corso della sua riunione del 01-10 giugno 2011.

La Commissione speciale, nelle sue Conclusioni e raccomandazioni relative alla riunione tenutasi all'Aia dal 01 al 10 giugno 2011, ha indicato che la Corte europea dei Diritti dell'Uomo, nelle decisioni assunte da molti anni, ha espresso il suo sostegno alla Convenzione del 1980, illustrato in particolare in una dichiarazione effettuata nella trattazione del caso *Maumousseau e Washington c. Francia* (n. 39388/05, CEDU 2007 XIII) secondo la quale la Corte "sostiene in pieno la filosofia alla base di questa Convenzione." Tuttavia la stessa Commissione speciale ha rilevato una serie preoccupazioni espresse in merito ai termini usati dalla Corte nelle sue decisioni recenti e *Neulinger Shuruk c.*

Svizzera (Grande Chambre, n. 41615/07, 6 luglio 2010) e *Raban c. Romania* (n. 25437/08, 26 ottobre 2010) nella misura in cui potrebbero essere interpretati "come esigenza che i giudici nazionali abbandonino la velocità e l'approccio rapido previsto dalla Convenzione dell'Aia e si discostino dall'interpretazione restrittiva delle eccezioni di cui all'articolo 13 per orientarsi su una valutazione complessiva e autonoma sul merito della questione".

La Commissione ha rilevato peraltro che un dato rassicurante è da individuare nella recente dichiarazione extragiudiziaria effettuata dal Presidente della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, in cui egli sostiene che la decisione *Neulinger e Shuruk c. La Svizzera* non segnala un cambio di direzione della Corte in materia di sottrazione di minori, e che la logica della Convenzione dell'Aia è che un bambino che è stato sottratto dovrebbe essere riportato nello Stato della sua residenza abituale e che solo in tale Stato la sua situazione deve essere esaminata nella sua interezza (12).

4. La richiesta di ritorno.

Nell'ambito di un ricorso attivato ai sensi della Convenzione dell'Aia per il ritorno di un bambino l'Autorità centrale deve assumere una posizione neutra.

È possibile ed auspicabile la comunicazione diretta tra autorità giudiziarie, che nell'esperienza concreta ha facilitato lo scambio di informazioni e la celerità della procedura.

Il giudice della residenza abituale, ad esempio, può chiedere al giudice, o anche all'Autorità centrale del paese di sottrazione, notizie sulla condizione di salute psicofisica del minore od altre informazioni che lo concernono.

I soggetti legittimati a richiedere il ritorno del minore sono la persona, l'istituzione o l'ente che, anche congiuntamente, abbiano il diritto di custodia, ossia di affidamento del minore, immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro. (art. 3 lett. a) Conv. Aia 1980)

La Commissione speciale per il funzionamento pratico della Convenzione dell'Aia del 1980 e del 1996, nel corso della sua riunione del 01-10 giugno 2011, ha indicato che ai sensi della Convenzione, il termine "custodia" deve essere interpretato tenendo conto della natura autonoma della Convenzione e alla luce dei suoi obiettivi.

Per quanto riguarda il senso convenzionale e autonomo di "diritto di custodia", la Commissione speciale prende atto della decisione della *Abbott v. Abbott*, 130 S.Ct. 1983 (2010), che sostiene ora l'approccio secondo cui un diritto di visita combinato con un diritto di determinare la residenza del minore costituisce un "diritto di custodia" ai sensi della Convenzione dell'Aia del 1980.

Questa indicazione è un contributo importante teso a garantire la coerenza a livello internazionale dell'interpretazione della Convenzione. (13) Il diritto di custodia può derivare dalla legge, da una decisione giudiziaria o amministrativa o da un accordo tra le parti. (art. 3 lett. b) Conv. Aja 1980)

Il consenso al trasferimento o al mancato ritorno del minore, preventivo o successivo allo stesso, preclude l'accesso ad una pronuncia ai sensi dell'art. 8 della Convenzione dell'Aia, difettando l'illiceità dello spostamento del bambino.

In caso di illecita sottrazione internazionale di minore, la persona che è stata privata del figlio, in via complementare, può denunciare il sottrattore sotto il profilo penale.

La competenza ad emettere l'ordine di ritorno ex art. 8 della Convenzione Aja del 1980 è del giudice dello Stato di residenza abituale o dello Stato dove il minore si trova, adito tramite l'Autorità centrale.

Deve quindi interpretarsi in questo senso l'art. 8 della Convenzione in esame, quando indica che, al fine di ottenere assistenza per assicurare il ritorno del minore, la persona legittimata può rivolgersi sia all'Autorità centrale della residenza abituale del minore, sia a quella di ogni altro Stato contraente. Inoltre, qualora nel frattempo il minore venga trasferito in un ulteriore Stato, l'Autorità centrale, che riceve una domanda ex art. 8 della Convenzione, dovrà trasmettere direttamente la domanda di ritorno indirizzandola all'Autorità centrale di ultima destinazione (v. art. 9 della Convenzione).

5. La Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 e il Regolamento CE Bruxelles II bis.

Dal 1° marzo 2005 il Regolamento Bruxelles II (bis) è applicabile a tutti gli Stati membri dell'Unione europea, ad esclusione della Danimarca.

La relazione tra le due normative è la seguente:

La Convenzione Aia del 1980 fornisce una procedura celere e sicura per il ritorno del minore. Il Regolamento Bruxelles II (bis) fornisce delle regole ordinarie da seguire circa la competenza giurisdizionale ed è complementare alla Convenzione. Al contempo, ai sensi del suo articolo 60, il regolamento stesso prevale sulla convenzione dell'Aia del 1980. All'art. 8 il Regolamento prevede la regola generale in materia di competenza nelle cause aventi ad oggetto la responsabilità parentale. Il successivo art. 10 dello stesso Regolamento prevede un'eccezione in caso di trasferimento o ritenzione illecita del minore. Tale articolo è di complemento all'art. 16 della Convenzione dell'Aia.

In virtù del citato art. 10 del Regolamento il giudice dello Stato di residenza abituale del minore immediatamente prima della sottrazione o della ritenzione illecita, conserva la sua competenza fino a che il minore non abbia acquisito un'altra residenza abituale in un altro Stato e il titolare del diritto di custodia abbia dato il suo assenso al trasferimento, ovvero ancora sia trascorso un periodo minimo di un anno in cui il minore abbia risieduto nel nuovo Stato e si sia ivi integrato. In quest'ultimo caso, inoltre, deve verificarsi una delle condizioni di cui ai punti da i a iv della lettera b). Tali condizioni sono le seguenti:

che nel termine di un anno da quando il titolare del diritto di affidamento ha avuto conoscenza (o avrebbe dovuto aver conoscenza) del luogo in cui il minore si trovava, non è stata presentata alcuna domanda di ritorno; o

che sia stata ritirata una domanda di ritorno dal titolare del diritto di affidamento e non sia stata presentata una nuova domanda entro il termine di un anno; o

che sia stata archiviata una domanda presentata dinanzi ad un organo giurisdizionale dello Stato membro in cui il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato ritorno illecito; o

che l'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel quale il minore aveva la sua residenza abituale, immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato ritorno, abbia emanato una decisione di affidamento che non prevede il ritorno del minore.

Con riguardo a tale ultima ipotesi ci si può chiedere se qualora il giudice della residenza abituale abbia emesso una pronuncia in tema di affidamento del minore in via provvisoria, non includente l'ordine di ritorno, si possa ritenere avvenuto uno spostamento di giurisdizione dall'Autorità giudiziaria dello Stato membro di residenza abituale in favore del foro della nuova residenza.

In proposito si è espressa di recente la Corte di Giustizia dell'Unione europea sul rinvio pregiudiziale (con richiesta di procedimento d'urgenza) effettuato dall'Oberster Gerichtshof (Austria) (14).

Il caso esaminato dalla Corte riguarda una bimba trasferita in Austria dalla madre, in violazione di un precedente provvedimento del Tribunale per i Minorenni di Venezia che, in via provvisoria, aveva disposto l'affidamento condiviso della piccola ai genitori. Tale provvedimento peraltro non aveva statuito il ritorno della minore, ma anzi le consentiva di risiedere con la propria madre in Austria fino all'adozione della decisione definitiva.

Nell'ambito del procedimento italiano erano state poi verificate reali difficoltà di visita del padre alla figlia, cosicché, successivamente, con decreto del 10.7.2009 il Tribunale per i Minorenni di Venezia aveva disposto l'immediato ritorno della minore.

Un ostacolo all'esecuzione del decreto suddetto, debitamente certificata in guisa da beneficiare in Austria dell'efficacia automatica di cui agli articoli 40 e 42 del Regolamento (CE) n. 2201/2003, era costituito peraltro dalla successiva decisione austriaca di negare il ritorno della minore, resa ai sensi 13, lettera b) della convenzione dell'Aia 25 ottobre 1980.

Al riguardo, si ricorda che l'art. 42 del Regolamento (CE) n.2201/2003 prevede la possibilità di ottenere, dal giudice di origine, un titolo esecutivo nello Stato membro di trasferimento: si tratta di un certificato che attesta che tutto il procedimento, che ha dato luogo ad una decisione di ritorno esecutiva in uno Stato membro, è avvenuto nel rispetto dei principi di legalità indicati al capo 2 dello stesso art. 42.

Nel caso accennato, l'Autorità austriaca, successivamente al decreto italiano, aveva attribuito in via provvisoria l'affidamento della bambina alla madre. I giudici austriaci di prime cure avevano infatti manifestato il convincimento di esser divenuti competenti in virtù dell'art. 10 del Regolamento lettera b) iv).

Adito in merito a tali questioni, l'Oberster Gerichtshof (organo giudiziario austriaco di ultimo grado) aveva domandato in via pregiudiziale l'interpretazione della Corte di Giustizia ponendo, in particolare, i seguenti quesiti (sinteticamente riportati in numero di quattro poichè una delle questioni è stata assorbita dalla soluzione fornita dalla Corte):

se il giudice italiano, a seguito della pronuncia della decisione di affidamento provvisorio che non disponeva il ritorno della minore, avesse perso ai sensi dell'art. 10 del Regolamento (CE) 2201/2003 lettera b) punto iv), la giurisdizione attribuitagli dagli artt. 8 e 10 dello stesso Regolamento (sulla base del criterio della residenza abituale originaria della minore in Italia); in particolare il giudice del rinvio domandava se l'art. 10, lett. b), iv), del regolamento dovesse essere interpretato nel senso che un provvedimento provvisorio va qualificato come «decisione di affidamento che non prevede il ritorno del minore» ai sensi di tale disposizione;

se il provvedimento dei giudici italiani che disponeva il ritorno ai sensi dell'art. 11, n.8 (che era emanato da un giudice competente ed esecutivo) dovesse presupporre una decisione definitiva sull'affidamento della minore; ed in caso di soluzione affermativa se nello Stato di esecuzione potesse essere eccepita l'incompetenza del giudice dello Stato di origine o l'inapplicabilità dell'art. 11, n. 8, del regolamento per opporsi all'esecuzione della decisione certificata dal giudice di origine ai sensi dell'art. 42, n. 2, del regolamento; se la decisione austriaca di affidamento provvisorio della

bambina alla madre resa successivamente al decreto italiano, potesse impedire l'esecuzione in Austria della statuzione italiana di ritorno della bimba; in particolare il giudice del rinvio domandava se l'art. 47, n. 2, secondo comma, del regolamento dovesse essere interpretato nel senso che una decisione che attribuisca un diritto di affidamento provvisorio, emessa in un momento successivo da un giudice dello Stato membro di esecuzione e considerata esecutiva ai sensi della legge di tale Stato, impedisca l'esecuzione di una decisione di ritorno certificata, emessa anteriormente; se, infine, l'esecuzione di una decisione certificata possa essere negata nello Stato membro di esecuzione adducendo un mutamento delle circostanze, sopravvenuto dopo la sua emanazione, tale per cui l'esecuzione potrebbe ledere gravemente il superiore interesse del minore, o se invece un tale mutamento debba essere dedotto dinanzi ai giudici dello Stato membro di origine, il che implicherebbe, ad avviso dei giudici austriaci, la sospensione dell'esecuzione della decisione nello Stato membro richiesto, nelle more del procedimento nello Stato membro di origine.

Sul primo quesito la Corte di Giustizia ha affermato che, nella materia in esame, soltanto la decisione definitiva di affidamento è suscettibile di produrre lo spostamento di giurisdizione di cui all'art. 10 lett. b), iv).

Tale interpretazione restrittiva si fonda sull'analisi sistematica del regolamento 2003/2201 e sulla considerazione della sua peculiare *ratio*, individuabile nelle finalità di prevenzione e dissuasione da azioni di sottrazione di minori tra Stati membri, nonché - in caso di avvenuto trasferimento illecito - di predisposizione di un rapido ritorno del minore. Risponde a tale *ratio* il ruolo centrale, attribuito dal regolamento citato, al giudice del foro di residenza abituale del minore e la necessità di ribadire il principio della conservazione di tale competenza.

Perciò la previsione di cui all'art. 10 lett. b), iv), deve essere interpretata in maniera restrittiva, nel senso che il richiamo contenuto alla "decisione di affidamento che non prevede il ritorno del minore" deve ritenersi a una decisione definitiva « adottata sulla scorta di una disamina completa dell'insieme degli elementi pertinenti ».

La Corte ha ribadito che ogni eccezione al principio della giurisdizione dello Stato di residenza abituale d'origine del minore - principio previsto nel regolamento n. 2201/2003 - deve essere verificata ed applicata dall'interprete alla luce delle suindicate finalità del Regolamento e dell'interesse superiore del fanciullo (15).

Ha pertanto escluso, nel caso di specie, che rientri nella nozione di "decisione di affidamento che non prevede il ritorno del minore" ai sensi dell'art. 10, lett. b), iv), del regolamento (...) anche un provvedimento provvisorio con cui si dispone che fino all'adozione della decisione definitiva sull'affidamento "le decisioni relative al minore", in particolare il diritto di stabilire il luogo di residenza, spettano al genitore che ha sottratto il minore.

Infatti, qualora si ritenesse che una tale decisione provvisoria del giudice dello Stato membro della residenza abituale anteriore, potesse comportare la perdita della sua competenza ciò contrasterebbe non solo con il principio di conservazione di tale competenza del foro d'origine (e di limitazione delle eccezioni ad esso) ma altresì con l'interesse del fanciullo.

Il giudice del foro di origine «potrebbe infatti essere dissuaso dall'adottare una siffatta decisione provvisoria, quand'anche essa fosse necessaria per tutelare gli interessi del minore».

Sul secondo quesito è interessante notare come la sentenza citata abbia affrontato l'aspetto di cui all'art. 11 n. 8 citato, che prevede, in particolare, che "nonostante l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno in base all'articolo 13 della convenzione dell'Aia del 1980, una successiva decisione che prescrive il ritorno del minore, emanata da un giudice competente ai sensi del presente regolamento, è esecutiva conformemente alla sezione 4 del capo III, allo scopo di assicurare il ritorno del minore".

Al riguardo l'indicazione della Corte è che la decisione sul ritorno di cui all'art. 11, n. 8 del Regolamento (CE) n. 2201/2003 non presuppone, da parte dello stesso giudice che lo ha disposto, una decisione definitiva sull'affidamento.

In particolare, con la sentenza citata si è dunque ribadito come non sia necessaria una pronuncia definitiva sull'affidamento per fondare il ritorno esecutivo.

Un'interpretazione contraria potrebbe andare a discapito di una istruttoria ponderata ed esaustiva da parte del giudice del foro d'origine competente, che potrebbe essere forzato "a prendere una decisione sul diritto di affidamento senza disporre di tutte le informazioni e di tutti gli elementi pertinenti, né del tempo necessario a valutarli in modo obiettivo e pacato".

Sul terzo quesito secondo la Corte una decisione di affidamento provvisorio resa dallo Stato di nuova residenza del minore non rientra tra quelle in grado di impedire ai sensi dell'art. 47, paragrafo 2, l'esecuzione in tale Stato di una decisione sul ritorno resa in precedenza dal foro di origine e certificata conformemente all'art. 42.

L'analisi del regolamento citato permette di ritenere che, ai sensi dei suoi art. 11 n. 8 e 42, possa essere dotata di esecutività immediata, con l'adozione del previsto certificato, la « decisione che prescrive il ritorno del minore » emanata da un giudice competente ai sensi dello stesso regolamento, a condizione che lo Stato di esecuzione abbia adottato un atto in senso contrario al ritorno, prima del provvedimento del Paese d'origine.

La Corte, ribadendo la giurisprudenza già in passato espressa, ha precisato che l'esecutività di una decisione che prescrive il ritorno di un minore - successiva ad un provvedimento di diniego del rientro - beneficia dell'autonomia procedurale, al fine di non ritardare il ritorno di un minore illecitamente trasferito (16).

Essa ha altresì confermato la finalità - sottesa agli artt. 11 n.8, 40 e 42) - di fornire una risposta celere all'istanza di ritorno del genitore che ha subito la sottrazione del figlio e la priorità riconosciuta alla competenza del giudice del foro di origine nell'ambito del capo III, sezione 4, del regolamento.

Una precisazione molto importante è stata poi ribadita nella sentenza in argomento con riguardo al rapporto tra il regolamento 2003/2201 e la Convenzione dell'Aia del 1980. In particolare è confermato il primato del regolamento su tale convenzione, nei rapporti tra gli Stati membri.

Già in precedenza nella sentenza *Rinau* tale aspetto era stato oggetto di approfondimento.

Infatti, alla luce del diciassettesimo considerando del regolamento 2003/2201, quest'ultimo integra le disposizioni della Convenzione dell'Aia del 1980. Ma al contempo il regolamento stesso prevale sulla convenzione dell'Aia del 1980, ai sensi del suo articolo 60.

Più precisamente la sentenza del luglio 2010 in esame, riprendendo quanto a suo tempo affermato nel caso *Rinau*, chiarisce che (in base al meccanismo istituito dagli artt. 11, n. 8, 40 e 42 del regolamento) nel caso in cui il giudice dello

Stato membro di illecito trasferimento abbia emesso una decisione contro il ritorno ai sensi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aia del 1980, il regolamento riserva comunque al giudice competente in forza di questo stesso regolamento, e quindi a quello del foro di residenza abituale d'origine, qualunque decisione in merito all'eventuale ritorno del minore. Ciò, come detto, sulla base del primato del regolamento sulla convenzione nei rapporti tra gli Stati membri, ai sensi dell'art. 60 del regolamento stesso.

L'art. 11 n. 8 dispone che la decisione sul ritorno resa dal giudice competente è esecutiva conformemente alla sezione 4 del capo III del regolamento, allo scopo di assicurare il rientro del minore (17).

In proposito tutta la giurisprudenza della Corte di Giustizia fa riferimento ad un altro fondamentale principio sotteso al regolamento: quello di reciproca fiducia tra gli Stati membri. In osservanza di tale principio, si può evidenziare che il giudice competente del foro di residenza abituale d'origine, prima di adottare la decisione di ritorno del minore, deve tener conto delle ragioni e degli elementi probatori sui quali sia stata fondata la decisione contro il ritorno. "Il fatto che egli abbia preso in considerazione tali elementi contribuisce a giustificare l'esecutività della decisione, una volta che sia stata adottata" (18).

Sempre con riguardo al terzo quesito, la Corte ha chiarito le ragioni per cui ha escluso che una decisione di affidamento provvisorio, resa dal foro dello Stato di nuova residenza del minore, possa essere in grado di impedire (ai sensi dell'art. 47 paragrafo 2) l'esecuzione in tale Stato di una decisione sul ritorno, emessa dal giudice della residenza abituale, e certificata conformemente all'art. 42 del Regolamento (19). Ha precisato infatti che ai sensi degli artt. 42 n. 1 e 43 n. 2 del Regolamento il rilascio di un certificato non è impugnabile dinanzi ai giudici dello Stato membro del trasferimento, (vi è infatti solo la possibilità di sua rettifica in caso di errore materiale) e la decisione certificata ha valore esecutivo con efficacia immediata, senza alcuna possibilità di opposizione al suo riconoscimento.

Di conseguenza, il riferimento che è contenuto nell'art. 47 paragrafo 2 alla possibilità che la decisione certificata non sia eseguita "se è incompatibile con una decisione esecutiva emessa posteriormente" va inteso soltanto con riferimento alle eventuali decisioni pronunciate successivamente dai giudici competenti dello Stato membro di origine.

Ciò quindi nel rispetto del principio della competenza del giudice dello Stato di residenza abituale del minore.

Infine, in linea con tutti i principi finora enunciati, l'esecuzione di una decisione certificata non può essere evitata nello Stato membro di esecuzione adducendo un mutamento delle circostanze, successivo alla sua emanazione, tale per cui l'esecuzione potrebbe essere gravemente pregiudizievole per il minore.

A proposito del quarto quesito, la Corte ha affermato che "un mutamento del genere deve essere dedotto dinanzi al giudice competente dello Stato membro di origine, al quale dovrebbe essere presentata anche l'eventuale domanda di sospensione dell'esecuzione della sua decisione" (20).

Questa osservazione è conforme ad una giurisprudenza ormai consolidata della Corte di Giustizia. In tal senso, ad esempio, si era espressa la stessa Corte in una sua decisione del 23 dicembre 2009. (21)

Nella relativa sentenza è ribadita la necessità che i giudici nazionali osservino il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni pronunciate dagli Stati membri, previsto nel

Regolamento n.2201/2003, principio che (come si evince dal ventunesimo considerando dello stesso Regolamento) è a sua volta fondato sul criterio guida della reciproca fiducia tra gli Stati membri.

Anche in questa sentenza si afferma, conformemente all'art. 28 n.1 del Regolamento, che i provvedimenti relativi alla responsabilità genitoriale, emessi nello Stato membro ed esecutivi devono, in linea di principio, essere eseguiti nello Stato membro richiesto.

Il divieto di qualsiasi riesame nel merito di una decisione esecutiva, da parte del giudice dello Stato membro di esecuzione, è altresì ribadito, ai sensi dell'art. 31, n. 3 del Regolamento stesso.

È evidente, dall'esame dei casi concreti oggetto di decisione della Corte di Giustizia, come quest'ultima miri a garantire l'osservanza degli atti direttamente applicabili negli Stati membri da parte degli stessi, con interpretazioni, pur restrittive, ma giustificate dall'obiettivo di salvaguardare le finalità dell'Unione ed al contempo l'interesse del minore.

Nello specifico evitare che, con interpretazioni aperte ad eccezioni sempre maggiori al principio della competenza del giudice dello Stato membro di residenza abituale del minore, lo scopo del regolamento n. 2201/2003, di prevenire, dissuadere e risolvere con celerità i casi di sottrazione internazionale di un fanciullo, sia frustrato. Ciò nell'interesse di quest'ultimo a conservare ed esercitare in maniera regolata ed agevole valide relazioni affettive con entrambi i genitori, nell'ambiente in cui ha sviluppato stabilmente relazioni parentali e sociali.

Come già detto, la Convenzione dell'Aia del 1980 indica delle ipotesi tassative in cui il giudice del luogo ove si trova il minore può negare il suo ritorno nello Stato di residenza abituale.

L'obiettivo perseguito dagli Stati firmatari della Convenzione era la predisposizione di una procedura chiara e facilmente accessibile, atta a permettere il rientro del minore con la necessaria celerità.

Tuttavia, negli anni l'attuazione pratica del procedimento istituito dalla Convenzione si è rivelata talvolta lenta e complicata. Sulla base di questa considerazione, gli Stati membri dell'Unione europea nel predisporre uno strumento regolamentare che fosse in grado di superare i difetti della Convenzione, hanno inteso inserire nel Regolamento Bruxelles II bis delle norme volte ad assicurare che l'Autorità giudiziaria della residenza abituale, competente prima della sottrazione del minore, mantenga in tema di decisioni sulla responsabilità genitoriale, la competenza anche successivamente.

In tal modo, sulla base del Regolamento, il giudice del foro d'origine è in grado di assumere una decisione che supera quella eventuale di non ritorno, pronunciata dal giudice del luogo ove si trova il minore dopo la sua sottrazione.

Ciò al fine di garantire l'efficace e celere rimpatrio del bambino.

Come si è accennato, pertanto, il Regolamento 2201/2003 ha una valenza complementare rispetto alla Convenzione dell'Aia del 1980, prevalendo su questa in virtù della disposizione contenuta nell'art. 60 dello stesso Regolamento.

6. Il termine per la decisione.

L'Autorità giudiziaria adita è tenuta a pronunciarsi sulla domanda di ritorno entro il termine di sei settimane.

In proposito la Convenzione dell'Aia del 1980 prevede un provvedimento d'urgenza stabilendo che qualora decorrano sei settimane dalla data d'inizio del procedimento senza che

una decisione sia intervenuta, il richiedente può domandare una dichiarazione che precisi le ragioni del ritardo.

Anche il Regolamento 2201/2003 si conforma al termine indicato dalla Convenzione prevedendo all'art. 11 punto 3 che l'autorità giudiziaria, salvo il caso in cui circostanze eccezionali non lo consentano, emana il provvedimento al più tardi sei settimane dopo aver ricevuto la domanda.

Detto termine non sempre viene rispettato nella pratica.

Peraltro si ritiene che la durata della procedura debba esser il più possibile contenuta.

Al riguardo alcuni rallentamenti possono esser determinati dalla stessa applicazione della Convenzione e dettati dall'esigenza di favorire la composizione amichevole della controversia.

In proposito, l'art. 7 lettera c) della Convenzione dell'Aia recita che le Autorità centrali devono cooperare reciprocamente assumendo, direttamente o tramite intermediari, tutti i provvedimenti necessari per assicurare la consegna volontaria del minore, o agevolare una composizione amichevole. La mediazione è uno degli strumenti utilizzabili ai fini di una consegna volontaria del minore.

Tuttavia la composizione del conflitto tra i genitori può dilatare i tempi della pronuncia del giudice sul ritorno.

Un esempio è quello di un caso occorso tra Spagna e Olanda in cui l'Autorità centrale olandese tardò sette mesi nel presentare la domanda all'Autorità giudiziaria, malgrado vi fosse una insistente istanza in tal senso da parte del ricorrente che non intendeva più sottoporsi alla mediazione, stante il rifiuto della madre, convenuta e autrice della sottrazione, a giungere ad un accordo (22).

Analogo ritardo è stato riscontrato in un procedimento che ha coinvolto le Autorità centrali spagnola e tedesca. In tale caso il padre, ricorrente, era titolare del diritto di affidamento della figlia minore, grazie ad una decisione giudiziale, e la madre esercitava, al momento della sottrazione, il diritto di visita della figlia.

La bambina era partita in Germania per visitare la mamma ed era stata ivi trattenuta.

Celebrata l'udienza, il Tribunale aveva rinviato la pronuncia della decisione ad altra data per ben quattro volte. Al ricorrente era stato proposto di partecipare ad una mediazione in Germania durante i fine settimana con un costo di 2.500 euro per ogni genitore. Il ricorrente aveva invece domandato il ritorno della minore chiedendo che la mediazione si realizzasse in Spagna (23).

Alla luce di tali casi è evidente come il ricorso alla mediazione non debba snaturare l'urgenza del procedimento e comportare rilevanti ritardi nell'adozione della decisione.

La mediazione può costituire uno strumento di ausilio alla risoluzione del conflitto e alla gestione del ritorno del minore nell'ambito di una composizione amichevole tra le parti, sempre peraltro nel rispetto del carattere di celerità della procedura.

Pur confermandosi gli indubbi vantaggi del ricorso alla mediazione - di cui si tratterà appresso - essa ha una valenza positiva qualora non determini una violazione della Convenzione, e pertanto sia applicata quando le parti siano consenzienti e seriamente motivate.

7. La mediazione.

La sottrazione internazionale di minori potrebbe esser ritenuta da alcuni una materia non affrontabile con l'ausilio della mediazione, in ragione del livello elevato del conflitto tra le parti, della distanza geografica tra i paesi - che rende diffi-

cile la realizzazione delle sessioni - e delle differenze culturali e religiose tra i genitori che acuiscono le tensioni.

Inoltre, il concorso di diversi sistemi legali e le differenze linguistiche complicano il procedimento e le comunicazioni. Occorre altresì tener presente che nei casi di sottrazione di minore le parti sono sottoposte a diversi fattori di stress rilevanti, quali: la rottura delle relazioni personali, il timore della perdita dei rapporti affettivi, le preoccupazioni economiche, il timore di assumere delle decisioni fondamentali di ordine personale e familiare.

Tuttavia vi sono numerose ragioni per far ricorso alla mediazione.

È opportuno astenersi sempre dal qualificare il genitore che sottrae il figlio come "cattivo", come colui che si disinteressa di causare un danno all'altro e che non tiene in conto i diritti del minore a relazionarsi con entrambi i genitori. Peraltro, guardando la sottrazione dal punto di vista del danno al minore le conseguenze, nella maggior parte dei casi, sono irrimediabili (24).

Infatti gli studi svolti dall'Associazione "REUNITE" (25) indicano che i bambini perdono la confidenza col genitore e gli altri familiari da cui sono stati allontanati e ricordano l'esperienza di sottrazione per anni.

Le difficoltà di ripristinare la relazione del bimbo con l'altro genitore sono tanto maggiori quanto più lungo è il tempo trascorso dal momento della sottrazione.

Una di esse può esser conseguente alla perdita della lingua della residenza abituale, che è più repentina quanto più piccolo è il bambino; in tal modo il minore perde il veicolo essenziale al mantenimento della sua relazione con l'altro genitore.

Inoltre maggiore è la distanza geografica tra i due genitori, maggiore è la difficoltà di esercizio del diritto di visita, soprattutto per i bambini la cui età non consente loro di viaggiare soli. Anche le condizioni economiche delle parti possono incidere negativamente sulla possibilità di affrontare il viaggio.

7. a) La mediazione nella Convenzione dell'Aia e nel contesto europeo.

La Convenzione dell'Aia contiene il riferimento alla mediazione in maniera implicita laddove, all'art. 7, dispone che le Autorità Centrali devono collaborare tra loro e promuovere la collaborazione tra le Autorità competenti dei rispettivi Stati - al fine di consentire la restituzione immediata dei minori - nonché di garantire la restituzione volontaria del bambino o facilitare una soluzione amichevole (punto c dell'art. 7).

L'art. 10 della Convenzione afferma che l'Autorità Centrale dello Stato dove si trova il minore adotterà o farà in modo che siano adottati tutti i provvedimenti adeguati per assicurare la sua riconsegna volontaria.

Il ricorso alla mediazione in materia di sottrazione di minori è stato dapprima sperimentato in Gran Bretagna e successivamente attuato anche in altri paesi come la Francia. L'esigenza di un procedimento teso alla conciliazione stragiudiziale delle parti è stata progressivamente sentita da tutti i paesi dell'Unione europea.

In tale contesto, in seno al Consiglio d'Europa è stato elaborato, dalla Commissione per l'Efficienza della Giustizia, un rapporto sull'utilizzo della mediazione, che ha rilevato, nei paesi oggetto dell'indagine, la necessità di una maggiore conoscenza dello strumento, di una sensibilizzazione in tal senso dei giudici e della messa a disposizione da parte degli Stati parti di fondi atti a far fronte alla relativa spesa (26). Rispondendo a queste necessità, l'Unione europea, con la Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consi-

glio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, ha voluto indicare agli Stati membri l'urgenza di approntare meccanismi di mediazione efficaci, tesi a fornire alle parti "una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti".

La Direttiva evidenzia in particolare che "gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Tali benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera".

L'Unione europea persegue quindi esplicitamente "l'obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario".

La predetta direttiva si applica alle controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale.

Con riguardo alla necessità di rendere un efficace servizio informativo al pubblico sui vantaggi della mediazione l'articolo 9 della richiamata Direttiva indica agli Stati membri di incoraggiare nei modi più appropriati, "la divulgazione al pubblico, in particolare via Internet, di informazioni sulle modalità per contattare i mediatori e le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione".

In linea con tale indicazione l'Autorità giudiziaria belga ha recentemente avviato un progetto pilota, istituendo all'interno del "Tribunal de la Jeunesse" di Bruxelles un "Bureau d'information" che propone il ricorso alla mediazione come alternativa al Tribunale e che è in grado di indirizzare gli utenti che ne facciano richiesta ai centri specializzati per la mediazione. (27)

Inoltre tale "Bureau" fornisce informazioni anche sui costi della mediazione specificando che in linea generale essa è a carico delle parti ma che le spese e gli onorari del mediatore possono essere coperti dall'assistenza giudiziaria statale, nel rispetto di determinate condizioni.

Il sito (indicato in nota 27) fornisce inoltre una lista di mediatori raccomandati dallo stesso Tribunale.

L'Articolo 2 della Direttiva 2008/52/CE, indica l'utilità del ricorso alla mediazione nelle controversie transfrontaliere. A tal fine definisce in via generale per controversia transfrontaliera quella in cui almeno una delle parti è domiciliata o risiede abitualmente in uno Stato membro diverso da quello di qualsiasi altra parte alla data in cui:

- a) le parti concordano di ricorrere alla mediazione dopo il sorgere della controversia;
- b) il ricorso alla mediazione è ordinato da un organo giurisdizionale;
- c) l'obbligo di ricorrere alla mediazione sorge a norma del diritto nazionale; o
- d) ai fini dell'articolo 5, un invito è rivolto alle parti.

Come evidenziato, il ricorso alla mediazione è previsto anche su indicazione dell'organo giurisdizionale che, investito di una causa, può - se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso - invitare le parti ad aderire alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia.

Il Giudice può altresì invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili (art. 5 della direttiva)

La mediazione può anche esser prevista come obbligatoria dal diritto nazionale degli Stati membri, ma deve esser lasciata impregiudicata la possibilità per le parti di ricorrere al sistema giudiziario.

Le parti hanno inoltre la possibilità di chiedere che il contenuto di un accordo scritto risultante da una mediazione sia reso esecutivo. L'esecutività è possibile salvo che il contenuto dell'accordo sia contrario alla legge dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta o se la legge di detto Stato membro non ne prevede l'esecutività (art. 6 della direttiva). I termini dell'accordo possono essere resi esecutivi in una sentenza, in una decisione o in un atto autentico da un organo giurisdizionale o da un'altra autorità competente in conformità del diritto dello Stato membro in cui è presentata la richiesta.

La direttiva, infine, pone agli Stati membri l'onere di indicare alla Commissione gli organi giurisdizionali o le altre autorità competenti a ricevere le richieste tese a rendere esecutivo un accordo.

In Italia è di recente promulgazione il decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, relativo al nuovo istituto della mediazione civile e commerciale, la cui finalità precipua è quella di promuovere la risoluzione stragiudiziale delle controversie, tramite il ricorso alla mediazione.

Già con la Legge del 2006 n. 54 in materia di diritto di famiglia, la mediazione tra le parti è stata regolata e incentivata, prevedendo che nel corso del giudizio teso alla definizione del regime di affidamento di un minore ad uno o ad entrambi i genitori, il giudice possa rimandare la decisione per consentire alle parti di ricorrere alla mediazione.

Con riguardo all'applicazione della mediazione ai casi di sottrazione internazionale di minore occorre tenere in debito conto che i ritardi nelle procedure di ritorno ledono l'interesse superiore del minore. Il tempo gioca a favore del genitore che ha sottratto il bimbo e complica inevitabilmente la possibilità di ristabilire lo *status quo*.

Non si può tuttavia pensare di escludere la mediazione in tale settore, ma si può prevedere che essa sia implementata e supportata da una struttura giuridica appropriata, che garantisca l'uguaglianza delle parti, che permetta di evitare i ritardi indebiti e che, inoltre, garantisca l'applicazione delle soluzioni raggiungibili.

Alla luce dell'indicazione contenuta nella Convenzione dell'Aja, essa ha un'evidente utilità sia al fine di prevenire le sottrazioni che per porvi fine.

La mediazione opera in tali contesti come un meccanismo molto efficace soprattutto nei casi i cui esiti possono rivelarsi molto traumatici per il minore, quali ad esempio quelli definiti dai magistrati francesi come "retour guillotine", cioè quando un bimbo si vede rinviato al genitore cui era stato sottratto "dal mattino alla sera", senza alcuna preparazione. Evitare simili conseguenze costituisce certamente un motivo valido per iniziare la mediazione, ma ve ne sono altri altrettanto validi quali:

perseguire la cooperazione tra le parti, piuttosto che permettere al vincitore e al vinto di affrontarsi; tale ultimo tradizionale modo di operare crea infatti maggiore aggressività tra i soggetti coinvolti;

incentivare la consapevolezza nei genitori delle conseguenze dannose dello sradicamento del figlio, aiutandoli a concentrarsi sulle necessità e i sentimenti del minore;

liberare il bambino dal conflitto di lealtà che abbia strutturato nei confronti di uno dei genitori, contribuendo in tal modo a generare in lui sicurezza e sollievo.

È possibile citare alcuni casi di utilizzo della mediazione con esiti favorevoli. Un esempio è quello in cui la negoziazione e la mediazione sono state agevolate dai governi dei paesi coinvolti. Si trattava della sottrazione di una minore franco-russa di nome Elise di tre anni avvenuta ad Arles (Francia) nel marzo 2009. Due procedimenti per sottrazione internazionale venivano iniziati: uno dalla madre in Russia ed uno dal padre in Francia. Erano intervenuti, con risultati positivi, il Console Generale della Russia, il Ministro della Giustizia e degli Esteri, nonché il Segretario di Stato per i Diritti Umani. Era stato quindi attivato un percorso di mediazione tra le parti.

Un altro caso è quello di “Shaban-Arias” (minore residente in Guatemala, madre argentina cattolica, padre giordano musulmano). Tra gli intervenuti nel processo di negoziazione: il Presidente della Repubblica Argentina, il Re di Giordania, il Segretario Generale delle Nazioni Unite. (28)

7 b) La Mediazione secondo le Conclusioni dalla Commissione speciale per il funzionamento pratico della Convenzione dell’Aia del 1980 e del 1996 adottate nella sesta riunione del 01-10 giugno 2011.

La Commissione speciale ha preso atto dei notevoli sviluppi in materia di utilizzo della mediazione nel contesto della Convenzione del 1980 ed ha accolto con favore il progetto della Guida alle buone pratiche sulla mediazione ai sensi della Convenzione del 1980. Il Bureau Permanente è stato quindi invitato a rivedere la Guida alla luce delle discussioni della Commissione speciale, tenendo conto anche dei pareri degli esperti. Dovrebbe essere prevista in tale Guida l’aggiunta di esempi di accordi di mediazione. La versione rivista della stessa sarà distribuita agli Stati contraenti. La Commissione speciale ha preso altresì atto degli sforzi già compiuti in alcuni Stati per l’istituzione di punti di contatto centrali e pertanto ha incoraggiato tutti gli Stati a considerare l’istituzione di tali un punto di contatto o la designazione di un’Autorità centrale come punto di contatto centrale. Le coordinate dei punti centrali di contatto sono disponibili sul sito web della Conferenza dell’Aia.

8. Il ritorno in caso di misure adeguate a protezione del minore.

Come già detto “il rischio grave che il minore possa correre per l’effetto del rientro” (art. 13 lettera b della Convenzione dell’Aia) può fondare una decisione contro il ritorno. Fatto salvo quanto già riportato circa la giurisprudenza della Corte di Giustizia, occorre rilevare altresì che l’art. 11 punto 4. del Regolamento 2201/2003 dispone che un’ autorità giurisdizionale di uno Stato membro non può rifiutare di ordinare il ritorno di un minore in base all’art. 13 lett b) della Convenzione dell’Aia del 1980, qualora sia dimostrato che sono previste misure adeguate per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno.

Da questa disposizione può arguirsi che il giudice cui sia chiesta una decisione contro il ritorno, deve raccogliere tutte le informazioni necessarie per comprendere ciò che può accadere dopo la restituzione del minore, prima di adottare o meno il provvedimento richiesto, senza limitarsi alla cognizione delle allegazioni delle parti, al fine di tutelare pienamente l’interesse del fanciullo.

Ci si può chiedere chi debba porre in essere le “misure adeguate”, atte a garantire la protezione del bambino dopo il suo ritorno.

Si può ritenere che solo gli organismi preposti alla protezione

del minore esistenti nello Stato membro possano predisporre e fornire dette garanzie, quali i Servizi sociali locali, gli Uffici per la protezione minorile esistenti nelle Forze dell’Ordine (presenti in Italia presso le Questure) coordinati dai Tribunali specializzati per i Minorenni (29). In tal senso di sicura utilità può risultare anche il contatto tra autorità giudiziarie dei paesi interessati, tramite la rete dei giudici dell’Aia.

9. Il provvedimento contro il ritorno del minore nel Regolamento 2201/2003.

Come già detto, l’art. 11 del Regolamento CE 2201/2003 nei paragrafi dal 6 all’8 fa riferimento alla possibilità che un’ Autorità giudiziaria di uno Stato membro dove sia stato trasferito il minore rifiuti la restituzione sulla base dell’art. 13 della Convenzione dell’Aia del 1980.

In tali ipotesi l’Autorità denegante deve immediatamente trasmettere direttamente o tramite l’Autorità centrale una copia del provvedimento giudiziario di rifiuto del ritorno e dei pertinenti documenti (comprendenti la trascrizione delle audizioni dinanzi al giudice) all’Autorità giurisdizionale dello Stato membro di residenza abituale del minore, o all’Autorità centrale di esso. La ricezione di detti documenti deve avvenire entro un mese dall’emanazione di detto provvedimento.

Tali atti, oggetto di trasferimento al giudice del foro della residenza abituale d’origine, serviranno a questo ultimo giudice per valutare tutti gli elementi istruttori del caso, prima di adottare l’eventuale decisione di ritorno del minore.

Questi infatti, come già su indicato, deve tener conto delle ragioni e degli elementi probatori sui quali sia stata fondata la decisione contro il ritorno. Il fatto che egli abbia preso in considerazione tali elementi contribuirà a giustificare l’efficacia della decisione, una volta che sia stata adottata (30).

10. I provvedimenti di cui all’Articolo 15 del regolamento n.2201/2003: trasferimento delle competenze a una autorità giurisdizionale più adatta a trattare il caso.

Il regolamento n.2201/2003 prevede all’art. 15 un’eccezione alla regola generale stabilita nell’art. 8 dello stesso. L’art. 8 dispone - con riguardo alle domande relative alla responsabilità genitoriale su un minore - la competenza delle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente alla data in cui sono adite.

L’art. 15 prevede invece che:

1. In via eccezionale le autorità giurisdizionali di uno Stato membro competenti a conoscere del merito, qualora ritengano che l’autorità giurisdizionale di un altro Stato membro con il quale il minore abbia un legame particolare sia più adatto a trattare il caso o una sua parte specifica e ove ciò corrisponda all’interesse superiore del minore, possono:

a) interrompere l’esame del caso o della parte in questione e invitare le parti a presentare domanda all’autorità giurisdizionale dell’altro Stato membro conformemente al paragrafo 4, oppure

b) chiedere all’autorità giurisdizionale dell’altro Stato membro di assumere la competenza ai sensi del paragrafo 5.

2. Il paragrafo 1 è applicabile:

a) su richiesta di una parte o

b) su iniziativa dell’autorità giurisdizionale o

c) su iniziativa di un’autorità giurisdizionale di un altro Stato membro con cui il minore abbia un legame particolare, conformemente al paragrafo 3.

Il trasferimento della causa può tuttavia essere effettuato su iniziativa dell'autorità giurisdizionale o su richiesta di un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro soltanto se esso è accettato da almeno una delle parti.

3. Si ritiene che il minore abbia un legame particolare con uno Stato membro, ai sensi del paragrafo 1, se tale Stato membro.

a) è divenuto la residenza abituale del minore dopo che l'autorità giurisdizionale di cui al paragrafo 1 è stata adita;

b) è la precedente residenza abituale del minore;

c) è il paese di cui il minore è cittadino;

d) è la residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale;

e) la causa riguarda le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore situati sul territorio di questo Stato membro.

4. L'autorità giurisdizionale dello Stato membro competente a conoscere del merito fissa un termine entro il quale le autorità giurisdizionali dell'altro Stato membro devono essere adite conformemente al paragrafo 1.

Decorso inutilmente tale termine, la competenza continua ad essere esercitata dall'autorità giurisdizionale preventivamente adita ai sensi degli articoli da 8 a 14.

5. Le autorità giurisdizionali di quest'altro Stato membro possono accettare la competenza, ove ciò corrisponda, a motivo delle particolari circostanze del caso, all'interesse superiore del minore, entro 6 settimane dal momento in cui sono adite in base al paragrafo 1, lettere a) o b). In questo caso, l'autorità giurisdizionale preventivamente adita declina la propria competenza. In caso contrario, la competenza continua ad essere esercitata dall'autorità giurisdizionale preventivamente adito ai sensi degli articoli da 8 a 14.

6. Le autorità giurisdizionali collaborano, ai fini del presente articolo, direttamente ovvero attraverso le autorità centrali nominate a norma dell'articolo 53.

La norma in esame consente pertanto all'Autorità giudiziaria del foro competente d'origine, in presenza di una o più condizioni di cui al punto 3 della norma, di indirizzare le parti ad un giudice di un altro Stato membro interrompendo l'esame del caso (lett. a), ovvero di chiedere a tale altro giudice se ritenga la sua competenza, con riguardo alle domande relative alla responsabilità genitoriale di un minore. Tale scelta deve essere valutata con riferimento al caso concreto e deve rispondere all'interesse del fanciullo.

Un'applicazione di tale disposizione è stata effettuata nel 2008 dal Tribunale di Barcellona con riguardo al caso di un bimbo la cui madre, di nazionalità peruviana, aveva vissuto tra la Spagna e l'Italia, spostandosi frequentemente col figlio (31).

La madre in particolare aveva risieduto col bimbo in Spagna per circa un anno, ivi l'aveva iscritto all'asilo nido ed aveva condotto una vita regolare, aiutata dai parenti residenti anch'essi a Barcellona. Il piccolo era stato poi condotto in visita al padre, di nazionalità ecuadoriana, che lavorava in Italia.

Successivamente, madre e figlio rientravano in Spagna. Poi, richiamati dal padre in Italia, vi avevano vissuto per periodi intermittenti di diversa durata facendo spesso rientro a Barcellona. Ciò fino a quando la donna aveva deciso di separarsi definitivamente dal compagno, di cui lamentava i maltrattamenti e la ritenzione del figlio.

La donna aveva adito quindi il Tribunale di Barcellona chiedendo l'affidamento del bambino e la sua collocazione presso di sé in Spagna.

Con un provvedimento emesso ai sensi dell'art. 15 del Re-

golamento citato, il Tribunale di Barcellona aveva chiesto ai giudici italiani se si ritenessero competenti a decidere sulla domanda di affidamento del bambino alla madre e di ritorno del piccolo in Spagna.

Il Tribunale di Barcellona riteneva in particolare la sussistenza di due condizioni previste nel punto 3 dell'art. 15 del Regolamento Bruxelles bis II: quelle indicate alla lettera b) - giacché l'Italia era ad avviso dei giudici spagnoli la residenza abituale del minore - e alla lettera d) poiché in Italia era stata fissata la residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale: il padre.

Il Tribunale per i Minorenni di Genova riteneva la propria competenza, avuto riguardo alla sussistenza delle condizioni di cui all'art. 15 punto 3 citate, valutando che l'Autorità giudiziaria italiana appariva quella più adatta a decidere il caso in quanto il bimbo si trovava in Italia col padre e si sarebbero potuti accertare meglio gli interessi del bambino, grazie all'intervento dei servizi sociali territoriali, ed al più agevole ascolto del minore.

La collaborazione tra le autorità giudiziarie italiana e spagnola avveniva direttamente, senza l'intervento delle autorità centrali, agevolmente ed in tempi celeri, come previsto dall'art. 15 punto 6 del regolamento n. 2201/2003, ricorrendo alla reciproca traduzione degli atti.

Analogo caso di cooperazione è stato trattato dal Tribunale per i Minorenni di Genova con l'Autorità giudiziaria polacca, relativamente ad un bimbo figlio di un cittadino italiano e di una cittadina polacca, i quali, separatisi, avevano raggiunto un accordo secondo cui il piccolo avrebbe soggiornato presso il padre durante il periodo estivo. Di fatto madre e figlio si trovavano in Polonia ed il padre lamentava che l'ex compagna non aveva ottemperato a quanto previsto nell'accordo. Egli chiedeva al Tribunale l'affidamento esclusivo del figlio, assumendo la sua residenza abituale in Italia, prima che la madre nel settembre 2008 (ed entro l'anno dalla data del ricorso) lo portasse in Polonia. Indicava altresì che era pendente presso l'Autorità giudiziaria polacca un procedimento volto alla determinazione del contributo al mantenimento del figlio da parte del padre, attivato dalla madre. Dall'esame degli atti della procedura polacca, prodotti dal ricorrente, era emersa altresì la domanda proposta dalla stessa madre, in quel procedimento, circa la regolamentazione dei rapporti del bimbo con il genitore italiano.

Tuttavia, nel procedimento instaurato a Genova, gli assunti del padre sulla residenza abituale del minore in Italia risultavano confusi e contraddittori, così come i termini del riferito accordo non provato documentalmente. La madre, benché ritualmente citata, non si era costituita in giudizio.

Il Tribunale per i Minorenni di Genova aveva ritenuto sussistenti due delle condizioni previste dal punto 3 dell'art. 15, quali quelle di cui alla lettera c), poiché il bambino era cittadino polacco, e alla lettera d) poiché in Polonia era stata fissata la residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale: la madre.

Inoltre, la possibilità dell'Autorità giudiziaria polacca di assumere celermente informazioni più approfondite dai servizi sociali locali, sulla condizione familiare e ambientale di crescita del bimbo, aveva indicato l'opportunità della trattazione del caso da parte dei giudici polacchi, come ipotesi maggiormente rispondente all'interesse del minore.

Quindi il Tribunale polacco, tra l'altro già adito dalla madre sulla determinazione del mantenimento economico del figlio e dei rapporti di questi col genitore - in effettivo contraddittorio col padre - era stato considerato più adatto a decidere il caso.

Pertanto ai sensi dell'art. 15 del regolamento citato, il Tribunale per i Minorenni di Genova, aveva trasmesso ai giudici polacchi la richiesta volta ad ottenere una loro pronuncia sulla competenza, che veniva da essi successivamente emessa in senso affermativo(32).

11. L'ascolto del minore.

L'articolo 13 della Convenzione dell'Aia del 1980 prevede alla lettera b) 2° comma che il ritorno del minore può esser rifiutato qualora si accerti che il minore si oppone al rientro e che ha raggiunto un'età ed un grado di maturità tali per cui sia opportuno tener conto del suo parere.

Con riguardo alla normativa europea l'art. 11 2° comma del Regolamento CE 2201/2003 dispone specificamente che "Nell'applicare gli artt. 12 e 13 della Convenzione dell'Aja del 1980, si assicurerà che il minore possa esser ascoltato durante il procedimento se ciò non appaia inopportuno in ragione della sua età e del suo grado di maturità".

Più in generale, l'ascolto del minore, già stabilito dalla Convenzione di New York sui Diritti del Fanciullo, è ritenuto oggi un adempimento necessario nei procedimenti che li concernono alla luce dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 25.1.1996, ratificata con la L. n.77 del 2003 e della giurisprudenza dominante.

L'obbligo dell'ascolto del minore nei procedimenti che li riguardano deriva dunque da norme di carattere internazionale.

Tale audizione, pertanto, deve esser svolta salvo il caso in cui possa essere in contrasto con i suoi interessi fondamentali, cosicché sussiste l'obbligo per il giudice di motivare l'eventuale assenza di discernimento del minore che possa giustificare l'omesso ascolto.

A tale proposito, nel 2009, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite (33) ha ribadito la necessità dell'audizione del minore, ad eccezione dell'ipotesi in da essa possa derivare un danno al bimbo.

Inoltre, la giurisprudenza di legittimità ha indicato che anche "nel procedimento per il mancato illecito rientro nella originaria residenza abituale, l'audizione del minore - benché non imposta dalla legge, in ragione del carattere urgente e meramente ripristinatorio di tale procedura (34) - è da ritenere anche in tale procedimento, in genere, opportuna, se possibile". Ciò è inoltre specificamente previsto, dal Regolamento CE 2201/2003, relativamente a procedimenti che interessino cittadini degli Stati membri dell'Unione europea. Pertanto anche nell'ambito della procedura di rientro del minore il suo ascolto è in via di principio necessario al fine di poter valutare, ai sensi dell'art. 13, comma 2 della Convenzione dell'Aia del 1980, l'eventuale opposizione del bambino al ritorno, salvo ragioni di inopportunità, in relazione all'età o al grado di maturità e, a fortiori, di danno per quest'ultimo (35). Al riguardo la Corte di Cassazione ha cassato, con rinvio, un decreto del Tribunale per i Minorenni di Milano, in relazione alla mancata audizione dei minori (sentenza in nota 34).

Nel caso di specie, ad avviso della Corte, i giudici minorili - oltre a non aver adeguatamente approfondito l'aspetto relativo all'effettivo esercizio dei diritti ricompresi "nel diritto di affidamento" - non hanno sufficientemente motivato la decisione di non procedere all'ascolto dei bambini, richiamando genericamente ragioni di opportunità rinvenibili nella loro età e immaturità.

Tale motivazione è stata ritenuta, dai giudici di legittimità, imprecisa e non supportata dalle risultanze istruttorie. Nello specifico, la Corte di Cassazione ha considerato che l'età dei

minori non ne precludeva l'ascolto. La stessa Corte ha altresì dissentito dalla valutazione di immaturità dei bambini, svolta dai giudici di merito, osservando che non era confortata da elementi obiettivi e che era anzi smentita dagli ascolti già disposti ed attuati in diversa sede giudiziaria.

Con tale pronuncia la Suprema Corte ha dunque indicato chiaramente come il giudice non possa limitarsi a generici richiami all'età del minore onde farne conseguire un giudizio di immaturità, al fine di evitarne l'audizione.

L'analisi del giudice deve per contro esser approfondita e deve essere altresì specifica, talché l'età non può esser valutata come elemento di per sé atto a escludere l'ascolto ma vista in rapporto a tutti gli elementi emersi nell'ambito dell'istruttoria, che contribuiscono a fornire indicazioni valide al giudice nella sua determinazione di procedere o meno all'audizione del bambino.

Non appare in contrasto con tale orientamento la recente sentenza della Corte dei Diritti dell'uomo(36) già citata, ove si afferma che non costituisce una violazione della Convenzione la circostanza che nel procedimento interno le autorità nazionali abbiano ritenuto inopportuno sentire il minore, prima di adottare il provvedimento di ritorno.

Tale sentenza è in linea anche con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che ha affermato come il diritto del bambino ad esser ascoltato "non" comporti la sua "audizione in quanto tale, bensì la possibilità per il minore di esser sentito" sempre che ciò sia opportuno in relazione alla sua età e al suo grado di maturità (come si desume dall'art. 42 del Regolamento n. 2201/2003) (37).

È evidente tuttavia che la decisione di non procedere all'ascolto del bambino deve essere specificamente motivata anche con riferimento a tutti i dati istruttori.

La Commissione speciale per l'attuazione della Convenzione dell'Aia, nella sua sesta riunione del giugno 2011, ha ribadito tali principi nelle sue Conclusioni, affermando che deve esser accolto con favore l'indirizzo di dare ai bambini, considerata la loro età e maturità, la possibilità di essere ascoltati nei procedimenti di ritorno, indipendentemente dal fatto che la difesa sia stata fondata ai sensi dell'articolo 13 (2).

La Commissione Speciale ha constatato che gli Stati parti adottano approcci diversi nel loro ordinamento interno quanto alle modalità in cui le opinioni del minore possono esser raccolte ed introdotte nel procedimento.

Ha sottolineato comunque l'importanza di garantire che la persona che parla al bambino, che sia il giudice, un esperto indipendente o qualsiasi altra persona, sia, per quanto possibile, dotata di una formazione adeguata a tale compito. Si è inoltre indicata la necessità che i bambini siano informati, a seconda dell'età e del grado di maturità, del processo in corso e delle possibili conseguenze.

La Commissione Speciale ha rilevato altresì che un numero crescente di Stati prevedono, in casi di sottrazione, la possibilità di un rappresentante legale distinto del minore.

È da ritenere quindi auspicabile che il giudice procedente si avvalga del supporto di un consulente o di un esperto (psicologo, pedagogo) che possa essergli d'ausilio nella formulazione delle domande al bambino e nella conduzione dell'udienza, onde evitare e/o superare sue possibili reazioni di chiusura.

Si è appurato, in particolare, che il ricorso a forme grafiche e di disegno è una valida strategia di ascolto, in grado di fornire concrete indicazioni di lettura (secondo valenze ormai verificate dagli specialisti) dello stato d'animo e della condizione del bambino.

È inoltre importante che sia spiegato al minore il proprio ruolo ed il significato degli incontri col giudice e con l'esperto.

Occorre evitare domande induttive o con modalità ambivalenti, squalificanti o neganti, in quanto interferiscono e ostacolano marcatamente la relazione con il minore.

L'uso di un linguaggio semplice e chiaro, implica domande brevi e aperte al fine di favorire risposte ampie e libere.

Inoltre è opportuno rivolgere al minore domande sugli aspetti emotivi legati ai contenuti del colloquio e domande di chiarificazione (se necessario) specificando che si vuol capire bene (onde evitare influenze di suggestione positiva o negativa).

È infatti importante non dimenticare che "la psiche infantile è sotto l'egida delle emozioni e non del costrutto logico-formale: pertanto la credibilità e la plausibilità della narrazione di un minore.. non deve far riferimento ai parametri degli adulti, bensì alle competenze specifiche dell'età".

È quindi conseguente a tali indicazioni anche l'opportunità dell'osservazione "degli atteggiamenti, del comportamento, dei gesti, del gioco, del linguaggio del minore al fine di comprenderne a fondo le modalità senso percettive, attentive, mnemoniche, di pensiero e il loro significato" (38).

12. Cooperazione Internazionale e Sottrazione Internazionale di minori: la comunicazione giudiziale diretta tramite la rete dei Giudici dell'Aia.

Il Network dei Giudici dell'Aia fornisce un valido strumento di comunicazione tra i Giudici dei diversi Stati interessati da casi di sottrazione internazionale di minori.

La funzione di questi giudici di contatto è quella di fungere da intermediari tra il giudice nazionale adito e l'autorità giudiziaria ove si ritiene si trovi il minore, o più semplicemente tra le autorità giudiziarie degli Stati membri di cui le parti sono cittadine.

In queste ipotesi il giudice che vuole chiedere la cooperazione dell'autorità giudiziaria straniera può contattare direttamente uno dei giudici facenti parte della lista dei membri della rete e domandare un contatto con detta autorità.

È possibile attivare tale contatto anche per mezzo dell'Autorità Centrale.

Ogni giudice, a tal fine, deve rivolgersi alla propria Autorità Centrale Nazionale.

Può rivestire particolare importanza entrare in comunicazione con il giudice straniero al fine di verificare se le misure che il giudice interessato intende disporre possano essere eseguite e siano esistenti nell'ordinamento straniero ove devono essere applicate.

Ciò ad esempio, nel caso in cui sia necessario adottare delle misure di protezione nei confronti del figlio (e se del caso anche della madre) da eventuali violenze domestiche.

Ogni Stato firmatario della Convenzione dell'Aia del 1980 dovrebbe nominare un magistrato quale giudice di contatto nel proprio paese al fine di agevolare la cooperazione nel senso suindicato.

Qualora siano necessarie informazioni sul caso, il giudice nazionale può anche attivare una comunicazione diretta con il collega straniero.

Normalmente il giudice straniero non comunica con le parti. Le parti comunque devono essere poste a conoscenza della comunicazione intercorrente tra egli ed il collega straniero o il magistrato di contatto della rete Aia.

In tal caso è opportuno che tali comunicazioni avvengano per iscritto.

In questo modo le parti possono accedere a tali atti.

La forma scritta riveste nel caso specifico una reale garanzia di trasparenza e di rispetto del contraddittorio che deve essere salvaguardata.

Se il caso lo richiede, è possibile anche prevedere che le parti prendano parte alla comunicazione tra i giudici dei diversi Stati interessati.

Nel gennaio 2009 si è tenuta a Bruxelles una riunione volta ad ampliare e rafforzare il Network dei Giudici dell'Aia. In tale occasione, a conclusione dell'incontro, sono state formulate delle Raccomandazioni agli Stati contraenti. Tra esse, in particolare, quella che indica ad ogni Stato parte della Convenzione la necessità di nominare un Magistrato di Collegamento nell'ambito della rete Aia.

È stato altresì raccomandato l'incremento della diretta collaborazione tra i giudici dei diversi Stati della Convenzione attraverso la conoscenza del ruolo svolto dalla rete e la sensibilizzazione degli operatori giuridici coinvolti (39).

La Commissione speciale per l'attuazione della Convenzione dell'Aia nella sesta riunione del giugno 2011 ha constatato con favore, nelle sue Conclusioni, la straordinaria crescita della Rete internazionale dei giudici dell'Aia, avvenuta tra il 2006 e il 2011, ed attualmente composta da 65 giudici provenienti da 45 Stati.

Gli Stati che non hanno ancora nominato i giudici della Rete dell'Aia sono stati inoltre incoraggiati a farlo al più presto. La Commissione ha valutato positivamente l'adozione di misure, sia a livello nazionale che regionale, da parte di alcuni Stati e delle organizzazioni regionali per la realizzazione di reti giudiziarie e la promozione di comunicazioni giudiziarie.

È stata altresì sottolineata l'importanza delle comunicazioni dirette giudiziarie, nell'ambito delle procedure relative alla tutela internazionale dei minori e alla sottrazione internazionale di minori.

Note:

(1) V. Cass. Sez. I, 15.2.2008 n. 3798

(2) La Convenzione all'art. 3 precisa infatti che: " il trasferimento o il mancato rientro di un minore è ritenuto illecito:

a) quando avviene in violazione dei diritti di custodia assegnati a una persona, istituzione o ogni altro ente, congiuntamente o individualmente, in base alla legislazione dello Stato nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro e:

b) se tali diritti vanno effettivamente esercitati, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o avrebbero potuto esserlo se non si fossero verificate tali circostanze.

Il diritto di custodia, citato al capoverso a) di cui sopra può in particolare derivare direttamente dalla legge, da una decisione giudiziaria o amministrativa, o da un accordo in vigore in base alla legislazione del predetto Stato."

(3) V. Corte di Cassazione – Sezione I civ., sentenza del 20 gennaio-21 marzo 2005, n. 6014.

(4) V. Decreto del Tribunale per i Minorenni di Genova del 21.11.08, nel procedimento n. 913/08 V.G. Presidente Sansa, Rel. Atzeni.

(5) V. Cassazione – Sezione I civ., sentenza 20 gennaio-21 marzo 2005, n. 6014.

(6) V. Cassazione sez. I, Sentenza del 19 maggio 2010 n. 12293 rinvenibile in : www.minoriefamiglia.it

(7) V. in tal senso la sentenza della Corte di Cassazione del 4 aprile 2007 n. 8481.

(8) Conclusioni del Workshop tenuto, nell'ambito dell'Iniziativa della Rete Europea della Formazione Giudiziaria, a Barcellona il 10-

12 giugno 2009 sul tema “La sustracciòn internacional de menores: los nuevos desafios”.

(9) V. sentenza della Corte dei Diritti dell'uomo del 12.07.2011 sez. II, ricorso n. 14737 Sneersone e Kampanella contro Italia

(10) V. Sentenza della Grande Chambre della Corte dei Diritti dell'uomo, n. 41615/07, del 6 luglio 2010, caso Neulinger Shuruk contro Svizzera.

(11) V. Conclusioni e raccomandazioni della Commissione speciale per il funzionamento pratico della Convenzione dell'Aia del 1980 e del 1996, a seguito della sua sesta riunione del 01-10 giugno 2011: http://www.hcch.net/upload/concl28sc6_e.pdf

(12) V. punto 47 e seg. delle Conclusioni e raccomandazioni della Commissione speciale per il funzionamento pratico della Convenzione dell'Aia del 1980 e del 1996, a seguito della sua riunione del 01-10 giugno 2011, tenutasi all'Aia.

(13) V. punto 45 delle Conclusioni e raccomandazioni della Commissione speciale per il funzionamento pratico della Convenzione dell'Aia del 1980 e del 1996, a seguito della sua riunione del 01-10 giugno 2011, tenutasi all'Aia.

(14) v. Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, III Sez., 1° luglio 2010, causa C-211/10 (Presidente Lenaerts; Relatore Juhász) il cui testo integrale è consultabile sui siti: www.guidaaldiritto.it/sole24ore.com e www.curia.europa.eu.

(15) In tal senso v. anche la sentenza della Corte Giustizia dell' 11 luglio 2008, causa C -195/08, *Rinau*, punti dal 51 al 52 della motivazione.

(16) V. ancora la sentenza *Rinau* cit., punti 63 e 64 della motivazione.

(17) V. punto 58 della sentenza della Corte giust. 1° luglio 2010, causa C-211/10.

(18) V. punto 59 della sentenza della Corte giust. 1° luglio 2010, causa C-211/10.

(19) L'art. 47 cit. recita: «1. Il procedimento di esecuzione è disciplinato dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione. - 2. Ogni decisione pronunciata dall'autorità giurisdizionale di uno Stato membro e dichiarata esecutiva ai sensi della sezione 2 o certificata conformemente all'articolo 41, paragrafo 1, o all'articolo 42, paragrafo 1, è eseguita nello Stato membro dell'esecuzione alle stesse condizioni che si applicherebbero se la decisione fosse stata pronunciata in tale Stato membro. In particolare una decisione certificata conformemente all'articolo 41, paragrafo 1, o all'articolo 42, paragrafo 1, non può essere eseguita se è incompatibile con una decisione esecutiva emessa posteriormente».

(20) V. punto 83 della sentenza della Corte di Giustizia citata, del 1° luglio 2010, C- 211-10.

(21) V. sentenza della Corte di Giustizia del 23 dicembre 2009, causa C- 403/09 PPU, *Deticek* contro *Sgueglia*.

(22) Caso H28 (1788) Spagna – Olanda, oggetto di studio nel Workshop tenuto, nell'ambito dell'Iniziativa della Rete Europea della Formazione Giudiziaria, a Barcellona il 10-12 giugno 2009 su “La sustracciòn internacional de menores: los nuevos desafios”.

(23) Caso H 28 (2047) Spagna- Germania oggetto di studio nel Workshop di cui alla nota precedente.

(24) V. la Relazione di Maria Isabel TOMAS GARCIA, (Giudice del Tribunale di prima istanza di Barcellona) “*Family mediation involving International child abduction cases. International experience and applicable models*”, svolta al Workshop citato.

(25) “Reunite” è un'organizzazione senza fine di lucro che nacque nel Regno Unito e che è specializzata nella sottrazione internazionale dei minori i cui obiettivi essenziali sono: fornire informazioni e appoggio ai genitori e ai familiari di minori sottratti, fornire informazioni legali dei distinti paesi e offrire mediazione in caso di sottrazione internazionale di minori. Tale organizzazione offre un servizio di contatto telefonico 24 ore su 24: tel+44(0) 116 2555 345, fax : +44 (0) 116 2556 370 e pag web : www.reunite.org.

(26) v. Analysis on assessment of the impact of Council of Europe recommendations concerning mediation, nel sito: www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/mediation/default_en.asp

(27) Informazioni più dettagliate sono inoltre reperibili dall'utente sul sito www.mediation-justice.be.

(28) Casi citati dal Giudice Maria Isabel Tomas Garcia nella sua Relazione al Workshop citato (per maggiori informazioni www.found-child.org.ar).

(29) In tal senso V. la relazione del Giudice Jacques Keltjes, del Tribunale del distretto dell'Aia, svolta al Workshop “ Sustracciòn internacional de menores : los nuevos ritos”.

(30) V. punto 59 della sentenza della Corte di Giustizia sul caso *Rinau*, più volte citata.

(31) V. Decreto del 31 marzo 2008 nel procedimento n. 281/07 V.G., Presidente Sansa, Rel. Atzeni, pubblicato in “Nuova Giurisprudenza Ligure” .

(32) V. Decreti del 25.08.2008 e dell'11.12.2009 nel procedimento n. 997/07 V.G., Presidente Sansa, Rel. Atzeni, pubblicati in “Nuova Giurisprudenza Ligure”.

(33) V. Cassazione, Sez. Unite, 21 ottobre 2009, n. 22238.

(34) V. Cassazione del 4.4.2007 n. 8481

(35) V. Cassazione sez. I, Sentenza del 19.05.2010 n. 12293 rinvenibile in www.minoriefamiglia.it.

(36) V. sentenza della Corte dei Diritti dell'uomo del 12.07.2011, ricorso n. 14737, caso Sneersone e Kampanella contro Italia.

(37) V. Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 22.12.2010 causa C- 491/10 Zarraga.

(38) Tali principi generali in tema di ascolto del minore sono contenuti nelle Linee Guida dell'Ordine degli Psicologi del Lazio che ha affrontato nello specifico le ipotesi di perizie in caso di abuso sui minori.

(39) V. Relazione di Philippe Lortie, Primo Segretario della Conferenza dell'Aia, svolta ai lavori del “Workshop Sustracciòn internacional de menores : los nuevos ritos”.

Inoltre una lista dei membri della rete citata è allegata al presente articolo.

Mediazione, conciliazione, arbitrato

Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova, sez. III civ., 18 novembre 2011 (Ordinanza) - Giudice Unico Vinelli – S. F. e altri (Avv.ti Montobbio e Guidorzi) c. Condominio V.P.L. (Avv. Solinas).

MEDIACONCILIAZIONE – mediazione obbligatoria – art 5 Dlgs 4 marzo 2010, n. 28 - contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. - questione di legittimità costituzionale – non manifesta infondatezza.

(Artt. 3 e 24 Cost.; Dlgs 4 marzo 2010, n. 28; D.M. 18 ottobre 2010 n. 180 ; D.M. 6 luglio 2011, n. 145)

È rilevante e non manifestamente infondata, con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 Dlgs n. 28/2010, nella parte in cui prevede l'esperimento del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, solo per le materie espressamente elencate nel comma primo di tale articolo. (1)

È rilevante e non manifestante infondata, con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 Dlgs n. 28/2010 e dell'art. 2653, comma 1, n. 1 c.c., nella parte in cui non prevedono, per le domande dirette all'accertamento di diritti reali, la possibilità di trascrivere la domanda di mediazione e direttamente il verbale di mediazione, con efficacia prenotativa della prima, anche rispetto al provvedimento giurisdizionale conclusivo del procedimento giudiziario. (2)

È rilevante e non manifestamente infondata, con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 Dlgs n. 28/2010 e dell'art. 16 D. M. n. 180/2010, nella parte in cui prevedono l'esperimento del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, prevedendone altresì il carattere oneroso. (3)

È rilevante non manifestamente infondata, con riferimento all'art. 3 Cost., la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 5 Dlgs n. 28/2010 e 16 D. M. n. 180/2010, nella parte in cui prevedono che solo il convenuto possa non aderire al procedimento di mediazione. (4)

RO.NE.

(1-4) Riflessioni e soluzioni interpretative in ordine alla condizione di procedibilità dell'esperimento della mediazione in materia di domande soggette a trascrizione.

Sommario: 1. Premessa - 2. Il contenuto del provvedimento - 3. Ipotesi interpretative alternative alla soluzione di incostituzionalità. - 3.1. Introduzione - 3.2. Segue: prima soluzione interpretativa - 3.3. Segue: seconda soluzione interpretativa.

1. Premessa.

Prosegue il tormentato percorso di concreta attuazione della normativa in materia di mediazione con la recente ordinanza resa dal Tribunale di Genova in data 18/11/2011, con la quale la Dott.ssa Valentina Vinelli ha accolto parte delle eccezioni di incostituzionalità degli artt. 4 e 5 del D.M.

180/2010 e dell' art. 5 d.lgs 28/2010 con riferimento all' art. 60 L. 18/6/2009 n. 69 sollevate dalla parte convenuta in un procedimento ex art. 702 bis c.p.c., ritenendole non manifestamente infondate e rimettendo la relativa questione alla Corte Costituzionale.

Il provvedimento, che si inserisce nel novero di una nutrita serie di iniziative analoghe susseguitesì a fare data dall' entrata in vigore delle nuove disposizioni in materia di mediazione, presenta connotati di novità non riscontrabili nei casi precedenti, tutti relativamente appiattiti sulle argomentazioni contenute in quello che si può definire il provvedimento di esordio delle contestazioni relative ai profili di incostituzionalità della disciplina in esame, vale a dire l' ordinanza del Tar Lazio del 12/04/2011.

Mentre, infatti, il complesso dei rilievi fin qui operati (ed in parte ripresi dal Tribunale di Genova nell' ordinanza esaminata) si può sinteticamente riassumere nella censura di illegittimità degli artt. 5 e 16 d.lgs 28/2010 in relazione agli artt. 3, 24, 25, 76, 77 e 111 Cost. sotto i profili, di volta in volta segnalati, 1) della obbligatorietà del tentativo di mediazione per alcune materie e della conseguente improcedibilità della domanda giudiziaria imponendo un non simbolico prezzo per il suo esperimento e 2) nell' eccesso di delega laddove vengono deputati alla mediazione organismi che si limitino a dare mere garanzie di serietà ed efficienza, la recente ordinanza in esame ha rinvenuto nelle maglie dell' art. 5 d.lgs 28/2010 una ulteriore ipotesi di violazione delle norme costituzionali laddove, prevedendo l' obbligatorietà della mediazione in materie i cui atti sono suscettibili di trascrizione, determinerebbe una ingiusta ed irragionevole previsione a svantaggio della parte che invoca quel diritto, introducendo una fase obbligatoria propedeutica al procedimento giudiziario, ovvero endoprocessuale se esperita in seguito ad eccezione di parte od officiosa, che, seppur istituzionalmente intesa a dirimere la controversia, ne imporrebbe in ogni caso la conclusione per garantire l' opponibilità della domanda ai terzi che avessero acquistato dopo la trascrizione della domanda.

La vicenda processuale che ha offerto il pretesto al provvedimento in questione ha per oggetto una domanda introdotta nelle forme del procedimento di cognizione sommaria ex art. 702 c.p.c. con la quale il ricorrente chiedeva la tutela della servitù convenzionale di passaggio a proprio favore su un fondo i cui titolari, lamentava il ricorrente, ne avevano demolito un tratto.

Costituitisi i resistenti il Giudice, all' udienza deputata agli incompetenti di cui all' art. 183 c.p.c., rilevava d' ufficio il mancato previo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi dell' art. 5 d.lgs 28/2010 e la conseguente improcedibilità della domanda.

Il ricorrente eccepiva quindi l' incostituzionalità dello stesso art. 5 d.lgs 28/2010, anche alla luce della L. 69/2009, nonché degli artt. 4 e 5 DM 180/2010 per violazione degli artt. 77, 24 e 111 Cost. assumendo: 1) l' irragionevole allungamento, in virtù dell' obbligo di esperimento del procedimento mediatorio, dei tempi processuali di uno strumento, quale quello della cognizione sommaria, avente finalità deflattiva; 2) l' irragionevole mancata previsione della trascrivibilità degli atti della me-

di mediazione nei casi in cui essa abbia ad oggetto pretese prepedeutiche a domande trascrivibili, impedendo quindi all'istante di beneficiare del c.d. effetto prenotativo della domanda giudiziale; 3) la violazione della legge delega laddove il D.lgs 28/2010, nello stabilire l' esperimento della mediazione quale condizione di procedibilità, introduce un limite all' accesso alla giustizia ordinaria; 4) l' ingiusta onerosità dell' accesso alla giustizia quale conseguenza della obbligatorietà del tentativo di conciliazione; 5) la disegualianza di trattamento delle parti della procedura mediatoria, prevedendo a carico dell' istante il versamento delle spese di avvio e delle indennità di procedimento, mentre il non aderente ne viene del tutto esonerato; 6) la mancata previsione di adeguate norme a presidio della trasparenza, della imparzialità e della competenza dei mediatori. Il Giudice ha ritenuto la non manifesta infondatezza dei rilievi di cui sub 2) e 4), vale a dire quelli concernenti le irragionevoli conseguenze della mancata espressa previsione della trascrivibilità della mediazione sul procedimento introdotto con domanda trascrivibile, ed il profilo della onerosità della mediazione che impone un corrispondente ed illegittimo costo per l' accesso alla giustizia.

Nel tralasciare ogni considerazione quanto alla questione sub 4), ampiamente trattata in occasione delle precedenti ed analoghe eccezioni sollevate vuoi da giudici di merito che, segnatamente, dal T.A.R. Lazio con la richiamata ordinanza del 12/4/2011, merita invece attenzione il contenuto del rilievo sub 2), che introduce un forte connotato di originalità al complesso delle argomentazioni demolitorie fino ad oggi opposte alla disciplina della mediazione.

Il Tribunale mette a fuoco l' eccezione della parte ricorrente, ne sviluppa il concetto e ne trae spunto per sollevare, questa volta d' ufficio, un ulteriore profilo di incostituzionalità dell' art. 5 d.lgs 28/2010 per contrasto con l' art. 3 cost. laddove prevede, irragionevolmente, l' obbligatorietà del tentativo di conciliazione per alcune materie e non per altre assimilabili alle prime avendone in comune l' effetto dispositivo dei diritti loro sottostanti.

Rammenta preliminarmente il Tribunale che, ai sensi dell' art. 2653 c.c., le domande relative ai diritti reali possono essere trascritte e che la sentenza pronunciata contro il convenuto indicato nella domanda trascritta ha effetto anche nei confronti dei terzi che abbiano da questi acquistato il diritto in base ad un atto trascritto dopo la trascrizione della domanda.

La trascrizione della domanda, sottolinea il Tribunale, ha effetti e finalità diverse rispetto alla trascrizione dei titoli costitutivi del diritto reale.

La prima ha effetti eminentemente processuali, funzionali a rendere opponibile ai terzi, che si rendessero acquirenti del diritto dopo la sua trascrizione, l' eventuale sentenza di accoglimento della domanda stessa.

La mancata trascrizione della domanda rende, al contrario, inopponibile a quegli stessi terzi la sentenza di accoglimento della pretesa ad essa sottostante, che essi saranno quindi legittimati a contestare nelle forme della opposizione di terzo all' esecuzione ex art. 404 c.p.c.

Ora, prosegue il Tribunale, la tassatività degli atti soggetti a trascrizione elencati dagli artt. 2643, 2652 e 2653 c.c. - che prevedono, agli effetti della opponibilità a terzi della sentenza, solo domande giudiziali - impedisce che fra gli stessi possa essere annoverato alcun atto inerente il procedimento di mediazione. Non l' istanza, non il verbale e nemmeno l' eventuale accordo relativo, a meno che questi non venga autenticato nelle firme da parte di un pubblico ufficiale a ciò

autorizzato.

Il che comporta la necessità di fare sempre seguire alla mediazione (sia essa precedente alla causa, sia esperita nel corso del processo in esito all' eccezione sollevata dal Giudice d' ufficio o dalla parte) il giudizio ordinario (vuoi nelle forme della cognizione sommaria che ordinaria), poiché anche in caso di "vittoria" (forse, però, il riferimento era al caso di conciliazione), l' attore non potrebbe giovare dell' effetto, comunemente definito, di *prenotazione* della domanda.

In ultima analisi, l' impossibilità di trascrivere sia la domanda di mediazione che il verbale relativo, e la conseguente necessità aggiungere alla procedura di mediazione obbligatoria - ed a prescindere dal suo esito - l' intero iter del giudizio fino alla sua definitiva conclusione con la sentenza o l' ordinanza ex art. 702 c.p.c., impone una duplicazione di costi del tutto irragionevole.

L' irragionevolezza assurda a violazione costituzionale sotto il profilo dell' art. 3 Cost. che impone il sindacato c.d. estrinseco sulle scelte del legislatore che su tale criterio e sulla coerenza del proprio operato deve improntare la propria produzione legislativa.

E per i medesimi motivi la mancata previsione della trascrivibilità dell' istanza di mediazione che conferisca alla stessa il medesimo effetto prenotativo riservato alla trascrizione della domanda giudiziaria, configgerebbe anche con l' art. 24 Cost.

La stessa irragionevolezza involge altresì - e questo rappresenta l' ulteriore e collegata questione di illegittimità costituzionale rilevata dal Tribunale, e che si riporta per completezza di trattazione - la mancata previsione della obbligatorietà della mediazione per altre materie dominate dalla stessa "disponibilità dei relativi diritti sottostanti" come, ad esempio, la materia della mediazione immobiliare ovvero la nullità o l' annullamento di contratti costitutivi di servitù e, in generale, di diritti reali. Al riguardo, osserva il Tribunale, viene prevista l' obbligatorietà della mediazione per le cause di accertamento di diritti reali perché involgono direttamente tali diritti, mentre la stessa non è imposta per le cause relative ai contratti che li costituiscono perché, per l' appunto, esse ineriscono al contratto e non al diritto reale che ne costituisce oggetto.

2. Il contenuto del provvedimento.

Gli argomenti sopra riassunti, e segnatamente quelli riguardanti l' applicazione della mediazione nell' ambito delle materie che prevedono la trascrivibilità degli atti e le relative domande giudiziali, inducono ad approfondire i rilievi critici, e doverosamente teorici, offerti dal Tribunale, esasperandone i riflessi sul piano concreto, e traendone spunto per ulteriori osservazioni di carattere interpretativo.

In quest' ottica la questione affrontata dal Tribunale merita di essere esaminata considerando separatamente le due differenti situazioni che, nella astratta prospettazione delineata dal Giudice, darebbero luogo ad irragionevolezza delle conseguenze del tentativo obbligatorio di conciliazione.

La censura del Tribunale, in particolare, prende spunto iniziale da entrambe le ipotesi che la lettera dell' art. 5 d.lgs 28/2010 prevede - id est l' esperimento della mediazione, rispettivamente, prima del giudizio e successivamente alla sua introduzione - sviluppando, però, argomentazioni che paiono attagliarsi più propriamente alla seconda.

Ricordiamo che il tentativo di conciliazione può (rectius: deve) essere esperito prima dell' introduzione del giudizio o, in difetto, nel suo corso in dipendenza del relativo rilievo

di parte o d'ufficio. E l'effetto della improcedibilità della domanda per mancato esperimento del tentativo di conciliazione si rivela fatale solo nel caso in cui, se ed in quanto venga sollevata la questione dalla parte o d'ufficio, la procedura non viene conclusa (positivamente o negativamente) nel termine dei quattro mesi concesso dal Giudice dal momento in cui l'improcedibilità viene rilevata.

Nel caso in cui la mediazione venga conclusa prima della introduzione di una delle domande previste dal n. 1 dell'art. 5 non pare possa generarsi alcuno dei problemi segnalati dall'ordinanza in esame.

Non nel caso di esito positivo, che porterà alla definizione di un accordo che, come ogni altro accordo in materia di diritti reali, sarà suscettibile di trascrizione una volta rispettate le forme previste dalla legge per eseguirla, vale a dire l'autenticità delle firme – che dovrebbe costituire solo la condizione minima – ovvero la sua consacrazione in un rogito notarile. Non nel caso di esito negativo, che aprirà la strada alla introduzione del giudizio ordinario.

Non vi è alcuna ragione per cui, in tale ultima ipotesi, le fasi propedeutiche alla conciliazione (istanza e verbale di mediazione) debbano essere suscettibili di trascrizione. La mediazione non è un giudizio, non ambisce a decidere sul contraddittorio processuale, ma solo a tentare di scongiurare l'insorgere o a dirimerlo se pendente. Né l'istanza introduttiva può essere assimilata alla domanda giudiziale.

L'empasse di quattro mesi necessari all'esperimento della mediazione peraltro non viene, dalla ormai ampiamente ribadita opinione della giurisprudenza formatasi fin qui (ed in quella stessa del Tribunale nel provvedimento in esame), ritenuto suscettibile di comprimere o limitare l'accesso alla giustizia nell'ottica, ed in violazione, degli artt. 24 e 111 Cost.

Diversa è la situazione indotta dalla necessità di esperire il tentativo di conciliazione in corso di causa in esito al rilievo di parte o d'ufficio.

Questa è l'ipotesi cui sembra focalizzarsi con maggiore convinzione – ed in maniera più costruttiva – lo sviluppo argomentativo del Tribunale in ordine alla possibile incostituzionalità degli artt. 4 e 5 d.lgs 28/2010 e che, del resto, è esemplarmente rappresentata dalla fattispecie concreta sottoposta al suo vaglio, vale a dire quella in cui la parte che assume una iniziativa giudiziaria avente ad oggetto diritti reali trascura di esperire l'obbligatorio tentativo di conciliazione.

La domanda a questo punto presenta già un difetto, sanabile, che la espone al rilievo della improcedibilità da parte della/e controparti o del giudice nell'ambito della propria iniziativa officiosa.

È bene osservare brevemente, al riguardo, come il concetto di improcedibilità della domanda sia del tutto svincolato da definizioni codicistiche e da omogeneità concettuale, e rappresenti una sanzione processuale variamente modulata a seconda dei casi e delle esigenze che di volta in volta il legislatore ha inteso affrontare.

Nel caso previsto dall'art 5 d.lgs 28/2010 essa si atteggia come una conseguenza processuale suscettibile di sanatoria una volta che, rilevata dal Giudice o dalle parti, viene dal Giudice stesso disposto l'inizio della procedura mediatizia mediante deposito della domanda entro quindici giorni dal provvedimento stesso e fissato il rinvio della causa ad oltre i quattro mesi indispensabili per l'esaurimento del procedimento.

Tale vicenda endoprocessuale non apre tecnicamente una parentesi nel giudizio perché, lo ricordiamo, a differenza di altre ipotesi analoghe (es. art. 404 c.p.c. vecchia formulazione), lo stesso non viene interrotto ma solo, per l'appunto, differito per

il tempo necessario ad esperire il tentativo di conciliazione.

Si può tacere, a questo punto, dell'ipotesi in cui il tentativo non sortisca alcun effetto, determinando ad un tempo l'avvenuto assolvimento della condizione di procedibilità e la prosecuzione del giudizio con gli ulteriori incombeni da esso previsti fino alla definitiva pronuncia.

Concentriamoci invece sull'ipotesi di conclusione positiva del tentativo di conciliazione con il raggiungimento di un accordo. Il Tribunale ricorda puntualmente che l'effetto c.d. prenotativo della trascrizione della domanda giudiziaria ex art 2652 2 2653 c.c. è subordinato al suo accoglimento con la sentenza (od il diverso provvedimento decisionale) che definisce il giudizio i cui effetti, per l'appunto, retroagiscono al momento della domanda stessa.

Se il giudizio si risolve senza alcun provvedimento decisionale, ma con la definizione in via conciliativa della lite, l'effetto prenotativo della domanda viene meno. E perciò anche nel caso in cui l'accordo di conciliazione venga trascritto, eventuali atti di disposizione del diritto reale controverso compiuti a favore di terzi dopo la trascrizione della domanda stessa (e prima della trascrizione della conciliazione) prevarranno sui suoi contenuti, risultandone l'efficacia prenotativa vanificata dalla sua mancata consacrazione in un provvedimento giudiziale decisorio che l'accolga.

E così, osserva il Tribunale, l'attore (o ricorrente ex art. 702 c.p.c.) per scongiurare che gli effetti della conciliazione vengano frustrati da quegli atti di disposizione che il convenuto potrebbe avere compiuto in favore di terzi nel periodo fra la trascrizione della domanda e la trascrizione dell'accordo conciliativo, sarebbe obbligato a proseguire un giudizio fantasma che conduca a quel provvedimento (ordinanza o sentenza) decisionale che garantisca la priorità, e quindi l'opponibilità a terzi, degli effetti della domanda sulle trascrizioni ad essa successive.

Uno scenario surreale, si può aggiungere, nel quale la parte – costretta ad ottenere giudizialmente la conferma di quel diritto controverso il cui accertamento, sotto il profilo sostanziale, risulta già superato dalla conciliazione – potrebbe addirittura essere costretta a svolgere una attività istruttoria.

Il primo interrogativo che sorge, dopo l'iniziale sbigottimento al cospetto di tanto paradossale, è se la domanda, oggetto della conciliazione (si badi, disposta proprio dall'organo giudicante che deve rendere il provvedimento finale) continui ad essere sorretta dall'interesse ad agire dell'attore (o ricorrente). Se, in altri termini, il Giudice possa decidere in relazione ad un diritto controverso che controverso non è più, essendo su di esso cessata la materia (rectius: il motivo) del contendere proprio in virtù della conciliazione. Si rammenta che l'interesse ad agire viene comunemente identificato nell'astratto risultato giuridico, costituito dal bene della vita, che colui che propone la domanda intende conseguire. L'avvenuta conciliazione, in realtà, fa venire meno tale interesse e non vale, al riguardo, obiettare che la sua permanenza alligni nell'ulteriore risultato, svincolato dall'accoglimento della domanda oramai disinnescata dall'accordo conciliativo, di rendere gli effetti della conciliazione opponibili ai terzi, perché tale risultato non coincide con il provvedimento astratto richiesto al Giudice e non rappresenta nemmeno alcuno degli elementi che costituiscono l'oggetto del contendere, se non altro per il semplice fatto che quell'effetto (l'opponibilità ai terzi) non riguarda il rapporto controverso fra i protagonisti del giudizio ma, per l'appunto, il rapporto fra uno di essi ed i terzi che avessero acquistato il diritto.

Si consideri inoltre che la conciliazione, per la sua intrinseca na-

tura, ratio e funzione non può non comportare che la rinuncia da parte dei contendenti agli atti del giudizio ed alle pretese reciprocamente avanzate con essi.

E poiché il progredire del processo, nel nostro sistema processuale civile, si regge sull'architrave dell'impulso di parte, in questo scenario surreale accadrà verosimilmente che il Giudice respinga la domanda per carenza di interesse ad agire se non avrà già disposto l'archiviazione del giudizio per avvenuta cessazione della materia del contendere.

Tutto questo però, come si può indovinare, va ben oltre le anomalie del d.lgs 28/2010 denunciate dal Tribunale di Genova nell'ordinanza in esame, la quale, in realtà, sembrerebbe avere solo reso più evidente una incongruenza che, descritta in questi termini, sarebbe riscontrabile in ogni ipotesi in cui un giudizio introdotto con domande trascrivibili in materia di diritti reali non giunga al suo epilogo naturale con la decisione, avendo le parti rinunciato agli atti del giudizio o raggiunto un accordo.

È ben vero che nei casi descritti la conclusione anzitempo del processo non rappresenta l'effetto di un procedimento imposto dalla legge. Ma di quei medesimi profili di irragionevolezza non potrebbe non essere in generale accusato un meccanismo processuale che, una volta instaurato, rende imprescindibile ed obbligata la sua conclusione, pena la possibile compromissione del diritto azionato.

L'irragionevolezza coinvolgerebbe allora non tanto nell'art. 5 d.lgs, ma l'intero combinato disposto normativo che non prevede che l'effetto prenotativo della domanda possa afferire non solo al provvedimento di accoglimento conclusivo ma, quantomeno, anche all'atto con cui, qualunque sia la sua natura negoziale, si ponga termine alla lite nell'accordo delle parti attraverso la disposizione del diritto controverso. E ciò, vuoi quale conseguenza di un procedimento imposto dalla legge, vuoi nel caso di iniziativa spontaneamente assunta dai litiganti.

3. Ipotesi interpretative alternative alla soluzione di incostituzionalità.

3.1. Introduzione.

L'incongruenza del panorama descritto suggerisce di tentare, attraverso un esercizio intellettuale e senza pretesa di credibilità, di esplorare soluzioni interpretative diverse al problema sollevato dal Tribunale di Genova. In due modi.

E con una premessa.

Il problema di offrire una spiegazione alla circostanza che, nelle cause introdotte con domande trascritte ex artt. 2652 e 2653 c.c., ogni evento che ne compromette la naturale conclusione fa venire meno l'effetto prenotativo delle domande stesse, non si affaccia certo oggi per la prima volta.

Non è un caso che ben prima della introduzione della disciplina della mediazione in dottrina si sia sottolineato come *“la transazione non ha alcun nesso, se non occasionale, con la domanda giudiziale e non può in alcun modo configurarsi, fra l'atto processuale introduttivo del giudizio e l'atto transattivo, quella continuità e quella confluenza di effetti che vi sarebbe stata ove la citazione ed il processo avessero avuto il naturale sbocco nella sentenza. L'assimilabilità della transazione alla sentenza oltre che per motivi formali, va esclusa anche sulla base del rilievo di carattere sostanziale, rappresentato dalla presunzione di conformità al diritto proprie della pronuncia del giudice... che non possono in alcun modo riconoscersi nella privata convenzione tra l'attore ed il convenuto...”* (Triora, *Enciclopedia del diritto*, XLIV 958).

La scelta del legislatore di garantire la permanenza dell'effetto conservativo della domanda solo nelle ipotesi, tipicamente stabilite, di pronuncia giudiziale che conferma la domanda tra-

scritta, non è insomma casuale, ma si rivela ispirata alla volontà di garantire la permanenza del nesso processuale, strutturale e funzionale fra la domanda e la successiva sentenza che l'accolga. Ogni avvenimento che impedisce la definizione giudiziale del processo (non solo per volontà delle parti) interrompe questo nesso.

La definizione del giudizio per convenzione (come effetto della transazione o di altra formula conciliativa) sottrae il percorso processuale al suo schema tipico ed all'assetto disegnato dal legislatore nell'effetto combinato domanda – sentenza previsto nelle ipotesi previste dagli artt. 2652 e 2653 c.c.

Tale volontà, coerentemente, non viene intaccata nella conciliazione disciplinata con le norme oggetto di censura, perché, non va dimenticato, esse sono intese a favorirla, ma non ad imporla. L'accordo finale, in altri termini, sarà sempre e solo concluso se le parti lo vorranno se ed in quanto ne sussistano i presupposti e le condizioni, così come in ogni altra ipotesi di accordo transattivo e spontaneo che definisce il giudizio.

3.2. Segue: prima soluzione interpretativa.

Ed allora viene naturale esplorare una prima ipotesi interpretativa che enfatizzi la natura non cautelare dell'effetto prenotativo delle domande ex artt. 2652 e 2653 c.c. e che renda ingiustificato l'obbligo sistematico – ipotizzato dal Tribunale e motivo del rilievo di incostituzionalità – di condurre la causa al provvedimento finale da parte dei litiganti malgrado l'avvenuta conciliazione.

E ciò perché soltanto se si attribuisce un effetto squisitamente cautelare alla trascrizione della domanda la sua conferma con la sentenza diviene indispensabile anche nel caso di accordo conciliativo in corso di giudizio, imponendo quindi una incongrua duplicazione delle procedure mediante il completamento del percorso giudiziario con la decisione finale, anche nel caso di raggiungimento di accordo in corso di causa.

Ma l'effetto prenotativo della domanda nella ratio normativa degli artt. 2652 e 2653 c.c. non vuole avere efficacia cautelare in funzione del giudizio, ma solo efficacia conservativa in funzione della sentenza. E ciò perché lo stesso esiste, permane e si consolida solo se i suoi contenuti vengono riprodotti nel provvedimento giudiziario cui prelude.

Si può affermare che questa sia la sua conseguenza schematizzata normativamente e disgiunta da ogni diversa considerazione o differente utilità.

E se si ipotizza che tale effetto prenotativo non ha funzione cautelare allora non si vede perché la parte debba ritenersi gravata dall'onere di scongiurare sistematicamente tale rischio ipotetico inseguendo l'effetto retroattivo della futura sentenza in una causa conciliata. La parte che concilia una causa in materia di atti trascrivibili non rinuncia alla sentenza ed ai suoi effetti retroattivi, ma rinuncia all'intero giudizio, compresa la domanda ed i suoi effetti prenotativi.

Se essa intende preservarsi da uno specifico rischio di vedere sottratto il bene nelle more del giudizio, lo strumento approntato dall'ordinamento non è la domanda trascritta ma il sequestro. La duplicazione del procedimento mediatorio proseguendo il giudizio fino a sentenza non ha insomma alcuna giustificazione perché non è la salvaguardia dei diritti durante corso il giudizio la ratio dell'effetto prenotativo della domanda, ma solo la retroattività degli effetti della sentenza se le parti intendono ottenerla. La salvaguardia di quei diritti durante il corso del giudizio può assumere rilievo – trovando nel sistema della legge appropriate misure di tutela – nel solo caso in cui siano concretamente minacciati e vi siano timori fondati ed eccezionali di sottrazione del bene.

La natura non cautelare della previsione di trascrivibilità di

quelle domande sta nel fatto che la stessa risponde ad una scelta generale tipizzata dal legislatore. Le esigenze di tutela cautelare sottese alle misure approntate dal codice in via di urgenza sono invece caratterizzate dalla eccezionalità dei casi in cui si prefigurano condizioni e profili di rischio da valutarsi in maniera autonoma.

Ed infatti la giurisprudenza dominante ammette l'iniziativa cautelare pur in presenza – e quindi a prescindere – di una domanda trascritta, sancendo, per esempio, come la trascrizione di una domanda suscettibile di prenotare gli effetti di una sentenza sanzionante l'acquisto di diritti dominicali sul cespite immobiliare oggetto della vertenza, non è ostativa all'accoglimento dell'istanza di sequestro giudiziario dell'immobile, essendo tale misura cautelare intesa, ai sensi dell'art. 670, n. 1 c.p.c., al conseguimento di provvedimenti relativi alla custodia, alla gestione ed alla disponibilità materiale del bene, non garantiti dalla trascrizione. (Cass. Civ., Sez. II, 05 gennaio 2000, n. 46).

Ed al proposito non è irrilevante che il c.d. effetto di prenotazione della domanda giudiziale delineato dai disposti degli artt. 2652 e 2653 c.c., venga ricondotto non tanto nella funzione di scongiurare che il medesimo diritto oggetto della pretesa possa venire meno nel caso di alienazione del diritto che ne costituisce oggetto ma, come enfatizzato dalle SS. UU. della Suprema Corte, nel costituire una *“forma di pubblicità nell'interesse dei terzi... anche alla luce degli inderogabili doveri di solidarietà per i quali, riconosciuti dall'art. 2 Cost. tra i principi regolatori fondamentali delle relazioni sociali, si pone a carico di ciascuna delle parti di qualsivoglia rapporto un dovere d'autoresponsabilità, indipendente dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o da espresse previsioni normative...”* (Cass. Civ., Sez. Un., n. 13523/2006).

3.3. Segue: seconda soluzione interpretativa.

Ma è la specifica analisi della vicenda processuale astratta tratteggiata dal Tribunale per giungere al rilievo di non manifesta infondatezza costituzionale dell'art. 5 d. lgs 28/2010 che induce a proporre una diversa chiave di lettura.

Al riguardo occorre incidentalmente ricordare che la conciliazione disciplinata dal legislatore con la normativa esaminata non costituisce una fattispecie negoziale a se. Essa non rappresenta altro che il significato ed il risultato di un accordo che pone fine ad una lite o ne scongiura l'insorgere, e che esso non necessariamente è assimilabile al contratto di transazione, benché questi ne rappresenti la soluzione più ragionevolmente percorribile. Le parti possono infatti rinunciare alle pretese avanzate in giudizio attraverso soluzioni negoziali le più diverse, sempre che conducano alla definizione della lite.

Nella fattispecie esemplificativa illustrata dal Tribunale per evidenziare il vulnus della conciliazione conseguente al tentativo obbligatorio di mediazione esperito in corso di giudizio, i due contendenti si troverebbero di fronte alla prospettiva di disporre, attraverso di essa, del diritto reale controverso di cui verosimilmente, almeno uno, invoca la titolarità ed almeno uno contesta i contenuti.

L'accordo conciliativo, sottolinea il Tribunale, sarebbe quindi pregiudicato laddove uno dei litiganti si spogliasse del diritto che ne forma oggetto nel periodo fra la trascrizione della domanda (priva di effetti prenotativi in assenza di sentenza) e quella dell'accordo stesso, imponendo con ciò la prosecuzione del giudizio anche ad avvenuto raggiungimento dell'accordo.

Posta in questi termini, a ben vedere, la frustrazione della conciliazione per essere il diritto che ne forma oggetto stato alienato a terzi dopo la trascrizione della domanda (oramai privata del suo effetto prenotativo perché non seguita dal provvedimento giudiziario di accoglimento) non rappresenta nemmeno l'ef-

fetto di una aporia legislativa, ma costituisce una eventualità giuridicamente abnorme.

Si consideri che almeno uno dei protagonisti della vicenda giudiziaria oggetto di conciliazione è, ovviamente, anche il titolare del diritto di cui disporrebbe in caso di conciliazione.

Il che significa che uno di quegli stessi soggetti chiamati ad essere parte dell'accordo conciliativo (che l'altra parte sarebbe costretta a “doppiare” con la sentenza per evitare che gli effetti della domanda vengano vanificati), è proprio colui che potrebbe disporre a favore di terzi del diritto oggetto dell'accordo dopo la trascrizione della domanda imponendo, per l'appunto, di ottenere la sentenza che scongiuri gli effetti del suo atto dispositivo. Posto che l'ipotesi è concretamente improbabile, visto che nessun atto di disposizione di diritti reali viene stipulato senza gli opportuni accertamenti presso i registri competenti, delle due l'una: o la conciliazione ha per contenuto il diritto già alienato ed allora sarà nulla per mancanza dell'oggetto o risolubile per inadempimento di una delle parti che ha disposto di un diritto che non ha (più), oppure sarà valida, vuoi perché il diritto che ne forma oggetto è ancora disponibile (in quanto non trascritto a favore di terzi) vuoi perché, pur essendo stato validamente ceduto a terzi con atto trascritto, le parti ne sono consapevoli e ne prescindono scientemente, fondando la conciliazione su una soluzione negoziale che ha oggetto diverso (per es. corrispettivo in denaro), ed allora non si vede perché essa non debba essere meritevole di tutela, efficace e ragionevolmente ipotizzabile come obiettivo della mediazione obbligatoria. Perché, come detto, l'accordo conciliativo può avere il più ampio e diverso contenuto, restando salva la sola necessità del requisito minimo ed indispensabile di porre fine alla vicenda litigiosa.

Dalle considerazioni esposte emerge che nell'ipotesi di conciliazione definita in corso di causa a seguito della procedura di mediazione disposta dal giudice, nessun accordo che preveda la disposizione del diritto controverso può essere validamente concluso se il diritto stesso è stato alienato (con atto trascritto) dopo la trascrizione della domanda. In questo caso la prosecuzione del giudizio non integrerebbe una inutile duplicazione di procedure, ma costituirebbe il perseguimento della originaria domanda dovuto alla mancata (valida) conciliazione.

Per altro verso non è escluso che la conciliazione possa essere validamente conclusa sia nel caso di disponibilità del bene (e del diritto su di esso), laddove non risulti trascritto alcun atto a favore di terzi, che in caso di sua precedente valida (e trascritta) alienazione, se i contenuti dell'accordo, nella libera e consapevole volontà negoziale delle parti, prescindono volutamente dalla sua permanenza in capo al titolare. In questo caso la prosecuzione del giudizio si rivelerebbe del tutto inutile ed ogni decisione sarebbe processualmente compromessa dalla avvenuta cessazione della materia del contendere e, comunque, dal venir meno dell'interesse ad agire delle parti.

In ultima analisi la sola prospettiva astratta che l'esperimento obbligatorio della mediazione possa giungere positivamente a conclusione, senza alcuna necessità di doppiare la conciliazione con il provvedimento decisorio (sentenza od ordinanza che sia) rende, per usare una definizione di sapore costituzionalistico, non irragionevole la ratio della norma che la prevede e, conseguentemente, non manifestamente illegittimo l'art. 5 d.lgs 28/2010.

Carlo Maria Galiberti
Avvocato, Foro di Genova

Diritto amministrativo costituzionale e regionale

Sentenze e Ordinanze

Corte costituzionale, sent. 13 luglio 2011, n. 27 - Pres. e Red. Onida e Quaranta - Regione Liguria (Avv.ti Falcon e Manzi) - Pres. Consiglio Ministri (Avv. Stato Tallarida).

Bilancio e contabilità pubblica - misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica - previsto definanziamento delle leggi di spesa totalmente non utilizzate negli ultimi tre anni, con previsione di vincolo di destinazione di dette disponibilità finanziarie - incidenza sulla disposizione statale relativa allo stanziamento del bilancio di previsione per l'anno 2010, delle somme destinate al Fondo nazionale per la montagna - violazione delle competenze legislative regionali e dell'autonomia finanziaria nonché dei principi di leale collaborazione e del legittimo affidamento - riconducibilità delle disposizioni impugnate alla materia "ordinamento contabile" di competenza esclusiva dello stato - non fondatezza della questione.

(Artt. 117, comma 4 e 119 Cost.; D.L. 31 maggio 2010, n. 78, art. 1; L. 30 luglio 2010, n. 122).

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122), trovando la disciplina denunciata - riguardante il definanziamento delle leggi di spesa totalmente non utilizzate negli ultimi tre anni, con previsione di vincolo di destinazione di dette disponibilità finanziarie - la sua fonte legittimatrice nella potestà legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., nella materia dell'ordinamento contabile. (1)()*

(*) Il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 convertito, con modificazioni, in l. 122/2010 è stato promosso con ricorso depositato il 6 ottobre 2010 dalla Regione Liguria, iscritto al n. 102 del registro ricorsi 2010 e pubblicato in *Gazz. Uff.*, n. 48 I serie speciale dell'anno 2010. Il testo completo della sentenza in epigrafe è disponibile sul sito www.giurcost.it.

(1) Il definanziamento delle Comunità montane al vaglio del principio di ragionevolezza.

1. La giurisprudenza della Corte costituzionale relativa alle Comunità montane appare di particolare interesse in quanto, da un lato, ha contribuito a delineare la disciplina degli enti montani dopo la revisione costituzionale del titolo V, e, dall'altro, ha evidenziato le difficoltà applicative del passaggio da un sistema regionale di finanza derivata ad un sistema di finanza autonoma (1), per di più in un quadro applicativo caratterizzato dalla volontà del legislatore statale di giungere ad un'abolizione o comunque forte riduzione dei suddetti enti (2).

In seguito alla riforma costituzionale del 2001 che ha espunto dal testo costituzionale la possibilità per il legislatore statale, espressamente contemplata agli artt. 118 e 130 Cost., di istituire enti locali differenti da quelli direttamente previsti in Costituzione (Comuni e Province), la Corte costituzionale si è trovata a dover sciogliere il "nodo gordiano" della legittimità della permanenza delle Comunità montane nell'ordinamento e della fonte autorizzata a regolarne l'organizzazione e il funzionamento. Il Giudice delle leggi ha ri-

solto il dilemma in positivo a favore delle Regioni in un tritico di pronunce (3) risalenti al biennio 2005-2006. In siffatte decisioni, il Giudice costituzionale è giunto a sancire l'attribuzione della potestà in merito alla regolazione degli enti montani alla competenza residuale regionale, essenzialmente sulla scorta delle legislazione ordinaria (4) previgente alla riforma del titolo V: disciplina normativa che ha qualificato le Comunità montane come Unione di comuni, *rectius*, di enti locali costituiti fra Comuni montani, e ne ha demandato alla legge regionale la relativa disciplina. In tal modo le Comunità montane hanno mantenuto l'originaria configurazione di particolare *species* del *genus* Unione di comuni, pur *prima facie* precludendosi un intervento regolatore da parte del legislatore statale.

Tuttavia, lo Stato ha continuato a poter incidere sulla disciplina degli enti montani, indirettamente, ma in modo particolarmente rilevante, per almeno due ordini di motivi connessi fra loro: *in primis*, in virtù del fatto che, all'attribuzione alle Regioni della competenza a regolare le Comunità montane, non è seguita una corrispondente devoluzione del relativo fondo di finanziamento ordinario (5). Inoltre, vi è un ormai consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, per cui, anche nelle materie di competenza residuale, il legislatore centrale può dettare, *ex art.* 117 comma 3 della Costituzione, principi fondamentali connessi alla finalità di coordinamento della finanza pubblica, sicché "il legislatore statale può legittimamente imporre alle Regioni vincoli alle politiche di bilancio (6)". Va da sé però che, ai fini di non comprimere irragionevolmente l'autonomia finanziaria delle Regioni, lo Stato, "possa stabilire solo un limite complessivo che lasci agli enti stessi ampia libertà di allocazione delle risorse tra i diversi ambiti ed obiettivi di spesa" (7), e, come seconda condizione di legittimità, consista esclusivamente in un "transitorio contenimento complessivo (8)".

A questo riguardo, l'inevitabile interferenza fra la suddetta prerogativa del legislatore statale e la competenza delle Regioni in merito alla regolazione delle Comunità Montane è stata in seguito disaminata dalla Corte nella sentenza 237/2009 (9). In tale pronuncia, il conflitto di competenze generato dall'imposizione agli enti regionali, da parte del legislatore statale, dell'approvazione di una legge di riorganizzazione delle Comunità montane sulla base di una serie di parametri, quali, ad esempio, l'altitudine o la popolazione dei Comuni interessati, pena la soppressione, entro un termine perentorio, degli enti che eventualmente non avessero posseduto i requisiti astrattamente fissati dal legislatore (10), è stato risolto a favore dell'ente centrale mediante l'utilizzo del criterio esegetico della "prevalenza" (11), strumento consolidato utilizzato nella giurisprudenza costituzionale al fine di comporre i casi di concorrenze di competenza fra Stato e Regioni nell'evenienza in cui la regolazione di una determinata fattispecie possa essere ricondotta a più materie attribuite esplicitamente o implicitamente (12) dal testo costituzionale a enti differenti. Nel caso di specie, attraverso il suddetto canone interpretativo, è stato giudicato preponderante il fine di contenere la spesa corrente rispetto alla volontà di imporre alle Regioni un modello organizzativo per

le Comunità montane: il che ha permesso al Giudice costituzionale di ritenere legittima la normativa oggetto del giudizio. Nella sentenza 27/2010, sempre l'uso del medesimo criterio interpretativo, ha permesso al Giudice costituzionale di ritenere conforme a Costituzione la riduzione dell'importo erariale di trenta milioni di euro per ciascuno degli anni 2009, 2010 e 2011 ad opera del comma 6 bis dell'art. 76 del D.L. 112/08. Nella sentenza 326/2010, per converso, nel giudizio di costituzionalità avente per oggetto l'art. 2, comma 187, della legge 191/2009 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2010), in cui il legislatore statale ha abolito *tout court* il proprio concorso al fondo di finanziamento per le Comunità montane, pur stabilendo sino all'attuazione della L. 42/2009, interventi privilegiati per i Comuni montani, il legislatore statale avrebbe superato il limite di ragionevolezza, in quanto la norma oggetto del giudizio di costituzionalità non conteneva alcuna indicazione, che pure sarebbe stata necessaria, in ordine al pagamento della rete di ammortamento sui mutui pluriennali ancora in essere stipulati dalla Comunità montane con il concorso dello Stato, che ha fatto sorgere in capo a queste ultime un legittimo affidamento (13).

2. La motivazione della sentenza 27/2011, che qui si pubblica, così come quella della sentenza 326/2010, risulta ancorata al principio di ragionevolezza, però, nei due casi, con esiti diametralmente opposti.

La sentenza 27/2011 ha avuto origine in occasione del ricorso presentato dalla Regione Liguria, con cui era stato impugnato l'art. 1 del d.l. 78/2010 (convertito, con modificazioni, dalla legge 122/2010), in quanto prevedeva che "le autorizzazioni di spesa i cui stanziamenti annuali non risultano impegnati sulla base del Rendiconto generale dello Stato relativo agli anni 2007, 2008 e 2009 sono definanziate. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministero dell'economia e delle finanze da adottare entro il 30 settembre 2010 sono individuate per ciascun Ministero le autorizzazioni di spesa da definanziare e le relative disponibilità esistenti alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge. Le disponibilità individuate sono versate all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate al fondo ammortamento dei titoli di Stato". Secondo la ricorrente vi era il "fondato timore" che in tale previsione rientrasse, altresì, il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 17 dicembre 2009 (Bilancio di previsione della Presidenza del Consiglio dei Ministri per l'anno finanziario 2010) con il quale erano stati stanziati 44 milioni di euro a favore del Fondo nazionale per la Montagna, decreto a cui però non è seguito alcun concreto impegno di spesa (14). La Regione Ligure ha fondato, pertanto, la propria richiesta di censurare la normativa suindicata opponendo la violazione della competenza residuale regionale in materia di Comunità montane e la violazione del principio dell'autonomia finanziaria di cui all'art. 119 Cost. nonché i principi di leale collaborazione e di legittimo affidamento, con la motivazione che la somma in oggetto era già stata stanziata nel bilancio della Presidenza del Consiglio dei ministri e già destinata alle Regioni le quali ne avevano tenuto conto nell'impostare il proprio bilancio e la propria programmazione.

A ben guardare, la Regione in sostanza chiedeva al Giudice delle leggi di affermare l'irragionevolezza della normativa statale, utilizzando gli stessi criteri di cui alla sentenza 326/2010. La Corte costituzionale, per converso, pur muo-

vendosi sempre nell'ambito del canone di ragionevolezza, ha fornito un'interpretazione completamente differente della "situazione normativa (15)" in oggetto, attraverso un stringente ragionamento logico-giuridico. In prima battuta la Corte, attraverso l'ormai consueto canone ermeneutico della prevalenza, ha provveduto ad individuare la fonte della disciplina *de qua* nella potestà esclusiva dello Stato in materia di ordinamento contabile. Tuttavia, più che su questo assunto, essa ha fondato il rigetto della questione sulla circostanza che la Regione non poteva aver fatto ragionevolmente affidamento su tali risorse, dal momento che non si trattava di rapporti consolidati prima dell'entrata in vigore del decreto legge, ma di risorse assegnate, ma non utilizzate, in un arco di tempo non breve e che pertanto non potevano essere oggetto di programmi da parte della Regione; per questi stessi motivi, inoltre, non si potrebbe ravvisare l'incidenza diretta in alcun settore di spesa, con conseguente rispetto dei principi di cui all'art. 119 Cost. (16). È evidente, dunque, come, in questo caso, la Corte costituzionale abbia fatto nuovamente uso del principio di ragionevolezza, nello specifico però a discapito delle pretese regionali.

In seguito a quest'ultima pronuncia, la volontà di mantenere in vita le Comunità Montane è ricaduta completamente sotto la responsabilità delle Regioni, sia astrattamente sia sostanzialmente (17), con il paradosso che gli enti regionali sono probabilmente ancor più vincolati nel disciplinare la materia di quanto non lo fossero prima della novella del 2011 a causa della repentina cessazione della partecipazione statale al relativo fondo di finanziamento, del resto, sostanzialmente confermata dai provvedimenti finora adottati in tema di federalismo fiscale.

Carolina Pruzzo

Note:

(1) Difficoltà che si sono concretizzate sovente in restrizioni all'autonomia finanziaria delle Regioni, a causa sia del lungo periodo di inattuazione dell'art. 119 Cost sia dalle posizioni restrittive assunte dalla Corte costituzionale nella giurisprudenza relativa a *subiecta materia* V. Di Maria, *La "lunga ombra" dell'autonomia finanziaria regionale sui giudizi (in via diretta ed intersoggettivi) della Corte costituzionale*, in Balduzzi-Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino 2007, p. 353-372.

(2) Queste considerazioni sono di Viceconte, *Comunità Montane e Corte costituzionale: nuovi nodi da sciogliere*, AIC, 2010.

(3) Ci si riferisce alle ben note sentenze Corte cost. 24 giugno 2005, n. 244, in *Giur. Cost.*, 2108, *id.*, 23 dicembre 2005, n. 456, *ibidem*, p. 4906. Nella sentenza 244, in particolare, la Corte costituzionale ha dichiarato infondati i dubbi di costituzionalità sollevati dal Tribunale amministrativo regionale per il Molise in ordine alla legittimità dell'art. 17 della legge della Regione Molise 8 luglio 2002, n. 12, nella parte in cui attribuiva «ai poteri del Presidente della Giunta regionale lo scioglimento, la sospensione e il commissariamento del consiglio della Comunità montana», con la motivazione che contrariamente a quanto riteneva il giudice rimettente, la previsione di un potere regionale di controllo sostitutivo sulle Comunità montane non era in contrasto con il riconoscimento «della parità di rango costituzionale tra Regione e Comuni» di cui all'art. 114 della Costituzione e con la «riserva di legge statale» in materia di legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali dei Comuni ex art. 117, secondo comma, lettera p) della Costituzione. Al riguardo, ha motivato la Corte, deve ritenersi inconferente il richiamo all'art. 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione in quanto la citata disposizione fa espresso riferimento ai Co-

muni, alle Province ed alle Città metropolitane; e tale indicazione deve ritenersi tassativa con la conseguenza che la disciplina delle Comunità montane, pur in presenza della loro qualificazione come enti locali contenuta nel d.lgs. n. 267 del 2000, rientra nella competenza legislativa residuale delle Regioni ai sensi dell'art. 117, quarto comma, della Costituzione. Allo stesso modo irragionevole deve valutarsi il riferimento all'art. 114 della Costituzione, non contemplando quest'ultimo le Comunità montane tra i soggetti di autonomia destinatari del precepto in esso contenuto.

Le tesi che facevano leva su una competenza statale a regolare le Comunità montane sulla base della potestà esclusiva statale di cui all'art. 117 lett. p) Cost. sono state pertanto censurate dalla Consulta sulla scorta della tassatività sia del medesimo art. 117 secondo comma lett. p) Cost. sia dell'art. 114 Cost. *Contra* De Martin-Di Folco, *Un orientamento opinabile della giurisprudenza costituzionale in tema di Comunità Montane*, *Giur. Cost.*, 4/2009, pag. 2970 ss, favorevoli per converso all'impostazione della Corte tra gli altri Mainardis, *Regioni e Comunità Montane, tra perimetrazione delle materie e "controllo sostitutivo nei confronti degli organi"* in *www.forum-costituzionale.it*, Merloni, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo Testo Unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni* 2002, pag. 427-428, Rolla, *"Relazioni tra ordinamenti e sistema delle fonti. Considerazioni alla luce della legge costituzionale n. 3/2001, ivi*, pag. 336, e Cerulli Inelli, *Le Comunità Montane (sulla sentenza n. 244 del 2005) relazione al convegno Uncem 2005*, in *www.Astrid-online.it*. Peculiare è la posizione di Rescigno, *Sul fondamento o la mancanza di fondamento costituzionale delle Comunità Montane*, *Giur. Cost.*, 2004, pag. 2120, in cui sono espressi dubbi sulla costituzionalità delle Comunità montane così come sono configurate e auspica un intervento ordinatore da parte di una legge statale. Similmente si esprime anche S. Mangiameli, *Titolo V, ordinamento degli enti locali e Comunità Montane*, *ivi*, pag. 2122.

(4) Cfr. art. 27 d.lgs. 267/2000. Per più approfondite considerazioni in merito, si rinvia a Rosi, *La riforma delle Comunità Montane*, in *Federalismi*, n. 3/2009 e P. Vipiana, *Le Comunità Montane alla luce del nuovo titolo V della Costituzione*, atti del Convegno organizzato Dall'Uncem – delegazione regionale ligure, sul tema "Il ruolo delle Comunità Montane liguri", pubblicati in *Nuova rassegna*, n. 20/2004, pag. 2429 seg.

(5) Statuito dall'art. 34 del d.lgs. 504/92, comma quarto, il quale prevede che per le Comunità montane lo Stato concorra al finanziamento dei bilanci, con assegnazioni a valere sul fondo ordinario e sul fondo consolidato. Con riguardo al destino del fondo di finanziamento delle Comunità montane si veda *infra*, par. 3.

(6) Cfr. p. 17 *cons. in dir.* Corte cost. 237/2009, in *Giur. Cost.*, 2009, 2970.

(7) Cfr. p. 17 *cons. in dir.* Corte cost. 237/2009, *ibidem*.

(8) Cfr. p. 17 *cons. in dir.* Corte cost. 237/2009, *ibidem*.

(9) Per un commento specifico su questo giudicato, in senso critico, vedasi De Martin-Di Folco, *op. cit.* Favorevole alla posizione assunta dalla Corte costituzionale appare invece Rinaldi, *Quando è preferibile pareggiare la partita invece di vincerla. La sent. 237/2009 in tema di Comunità Montane*, *www.Forum-costituzionale-it*, 2009.

(10) La Corte costituzionale, accogliendo le doglianze delle Regioni, nella medesima pronuncia ha provveduto a dichiarare l'illegittimità costituzionale di questo aspetto della disciplina, ritenendolo lesivo delle prerogative regionali giacché, non lasciando a queste ultime alcuna possibilità di scelta in ordine al *quando* e al *quomodo* della riorganizzazione degli enti montani, finiva per imporre alle Regioni scelte di dettaglio che esorbitavano dalla competenza statale di dettare i principi fondamentali in materia di coordinamento della finanza pubblica. Tuttavia nelle more del giudizio costituzionale il Governo aveva già provveduto a sancire con un D.P.C.M. datato 19 novembre 2008 gli effetti caducatori nei confronti delle Comunità montane di Lazio, Puglia e Veneto, le

quali non erano riuscite ad approvare per tempo la legge di riordino. La regione Veneto ha proposto avverso il suddetto decreto conflitto di attribuzione, il quale è stato risolto a suo favore dalla Corte costituzionale nella sentenza 91/2011, in *www.giurcost.it*, con la motivazione del contrasto del suddetto decreto con gli effetti della sopravvenuta sentenza 237/2009. Un'analisi più dettagliata di questa decisione è di Viceconte, *La Corte costituzionale chiarisce sulle Comunità montane*, *AIC*, 2/2011.

(11) Sull'utilizzo di questo criterio ermeneutico, anche per gli indubbi esiti centralistici, è sfavorevole Ruggeri, *Livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti e ridefinizione delle sfere di competenza di Stato e Regioni in situazioni di emergenza economica (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2010)*, *Consulta on-line*, 2010, che parla di «evanescente e discutibilissimo canone della prevalenza secondo il quale sarebbe "la quantità a fare la competenza"», così come Bin, *Prevalenza senza criterio*, *Le Regioni*, 2009, 619.

(12) Si è infatti fatto largo uso del criterio di prevalenza al fine di individuare le materie oggetto della potestà regionale residuale, a tale proposito, per una panoramica si veda Caretti-Tarli Barbieri, *Diritto regionale*, Torino, 2009, 83 ss.

(13) V. punto 8.11 *cons. in diritto*.

(14) V. punto 4.1. *rit. in fatto*.

(15) Nel senso inteso da Ruggeri-Spadaro, *op. cit.* di "formula che vuol ricomprendere il complesso dei materiali, normativi e fattuali, considerati nella loro reciproche interconnessioni ed idonei a variamente comporre la questione ed a confluire nel giudizio di costituzionalità", p. 88.

(16) V. punto 4 *cons. in diritto*.

(17) A riprova di ciò la stessa Regione Liguria ha abolito le Comunità montane con l'art. 12 della L.R. 23/2010. Fra le Regioni a Statuto ordinario un progetto di legge analogo è in corso di approvazione in Calabria: cfr. A. Ghiribelli, in P. Costanzo (cur.), *Lineamenti di diritto costituzionale regionale della Regione Liguria*, Torino, 2011, 445.

Corte Costituzionale, sent. 2 novembre 2010, n. 310 – Pres. Amirante – Est. Criscuolo.

Impresa - provvedimenti amministrativi sospensivi dell'attività imprenditoriale - principio di pubblicità dell'azione amministrativa - diritti della difesa - disciplina legislativa derogatoria - esclusione dell'obbligo di motivazione - illegittimità costituzionale - sussistenza.

È costituzionalmente illegittimo, in riferimento agli artt. 24, 97 e 113 Cost., l'art. 14, c. 1, del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, come sostituito dall'art. 11, c. 1, lettera a) del d. lgs. 3 agosto 2009, n. 106, nella parte in cui stabilisce che ai provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriale previsti dalla citata norma, non si applicano le garanzie di cui alla l. n. 7 agosto 1990, n. 241, escludendo, in particolare, l'applicazione ai medesimi provvedimenti dell'art. 3, c. 1, della l. n. 241 del 1990, riguardante l'obbligo di motivazione degli atti amministrativi (Cost. artt. 24, 97, e 113; d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, art. 14 c. 1). (1)

(...*Omissis*...)

Considerato in diritto

1. - Il Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (d'ora in avanti, T.A.R.), con l'ordinanza indicata in epigrafe, dubita della legittimità costituzionale – in riferimento agli articoli 97, primo comma, 24 e 113 della Costituzione – dell'art. 14, comma 1, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 (Attuazione dell'art. 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123,

in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro), nella parte in cui prevede che «ai provvedimenti del presente articolo non si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241» e, segnatamente, nella parte in cui esclude l'applicazione ai provvedimenti *de quibus* dell'art. 3, comma 1, della legge ora citata (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), concernente l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi.

2. - Il rimettente è chiamato a pronunciare in un giudizio amministrativo promosso dal titolare di una ditta individuale, avente ad oggetto la produzione e la vendita di pizze da asporto, nei confronti del Ministero del lavoro e della previdenza sociale per l'annullamento di un provvedimento, adottato dalla Direzione provinciale del lavoro di Genova. Con esso è stata disposta la sospensione dell'attività imprenditoriale, essendo risultato l'impiego di due fattorini addetti al recapito delle pizze (pari al 66 per cento del totale dei lavoratori presenti sul posto di lavoro), non emergenti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria. Il giudice a quo ritiene che la norma censurata, in forza della quale il provvedimento di sospensione è stato emesso, sia in contrasto con i parametri costituzionali d'anziché indicati, perché l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, di cui all'art. 3, comma 1, della legge n. 241 del 1990, costituisce un principio generale, che attua i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 97 Cost., nonché la tutela del diritto di difesa contro gli atti della pubblica amministrazione, ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost.

3. - In via preliminare, si deve rilevare che è impugnato l'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 2008, nel testo originario (in Gazzetta Ufficiale del 30 aprile 2008, entrato in vigore il 15 maggio 2008). Detta disposizione è stata dapprima modificata dall'art. 41, comma 11, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e poi sostituita dall'art. 11, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 3 agosto 2009, n. 106 (Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro). Peraltro, con l'ordinanza di rimessione la norma è censurata nella parte in cui dispone che «Ai provvedimenti del presente articolo non si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241» e, segnatamente, «nella parte in cui esclude l'applicazione ai provvedimenti *de quibus* dell'art. 3, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, per contrasto con gli artt. 97, comma 1, 24 e 113 Cost.». In tale dettato la disposizione non ha subito modifiche nelle tre versioni suddette. Pertanto, avuto riguardo alla persistenza del medesimo contenuto precettivo recato in parte qua dalle menzionate disposizioni, la questione deve ritenersi trasferita sulla nuova norma, sostitutiva di quella originaria e identica a questa, addirittura nella stessa formulazione letterale (nei giudizi in via incidentale: sentenze n. 84 del 1996; nei giudizi in via principale: sentenze n. 40 del 2010 e n. 237 del 2009).

4. - Ancora in via preliminare, si deve osservare che, per giurisprudenza costante di questa Corte, l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale è limitato alle disposizioni e ai parametri indicati nelle ordinanze di rimessione, non potendo essere considerati, oltre i limiti in queste fissati, ulteriori questioni o profili dedotti dalle parti, eccettivi ma non fatti propri dal giudice a quo oppure diretti ad am-

pliare o modificare il contenuto delle stesse ordinanze. Ne deriva che sono inammissibili, e non possono formare oggetto di esame in questa sede, le deduzioni della parte privata dirette ad estendere il *thema decidendum*, non soltanto attraverso l'invocazione di ulteriori parametri costituzionali, ma anche con la denuncia di altre disposizioni rispetto a quella sospettata d'illegittimità costituzionale dal rimettente (*ex plurimis*: sentenze n. 50 del 2010, n. 311 e n. 236 del 2009).

5. - L'Avvocatura dello Stato ha dedotto l'inammissibilità della questione, ma l'eccezione (peraltro priva di un adeguato apparato argomentativo) non è fondata.

Infatti il T.A.R. ha motivato, sia pure in termini concisi, sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza, ed ha aggiunto che il dettato normativo conduce ad escludere in modo espresso l'obbligo di motivazione per il provvedimento impugnato nel giudizio a quo, così rendendo palese, in forma implicita ma chiara, di non poter ricercare un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma censurata. Si tratta di valutazioni non implausibili, che consentono di dare ingresso alla questione di legittimità costituzionale.

6. - Nel merito, essa è fondata.

6.1. - Si deve premettere che l'art. 3, comma 1, della legge n. 241 del 1990 (e successive modificazioni) stabilisce che «ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria». Il comma 2, poi, esclude la necessità della motivazione per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale.

La norma sancisce ed estende il principio, di origine giurisprudenziale, che in epoca anteriore all'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990 aveva già affermato la necessità della motivazione, con particolare riguardo al contenuto degli atti amministrativi discrezionali, nonché al loro grado di lesività rispetto alle situazioni giuridiche dei privati, individuando nella insufficienza o mancanza della motivazione stessa una figura sintomatica di eccesso di potere.

L'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi è diretto a realizzare la conoscibilità, e quindi la trasparenza, dell'azione amministrativa. Esso è radicato negli artt. 97 e 113 Cost., in quanto, da un lato, costituisce corollario dei principi di buon andamento e d'imparzialità dell'amministrazione e, dall'altro, consente al destinatario del provvedimento, che ritenga lesa una propria situazione giuridica, di far valere la relativa tutela giurisdizionale.

6.2. - In questo quadro, la disposizione censurata non è conforme ai parametri costituzionali sopra indicati.

Infatti essa, escludendo in modo espresso l'applicabilità dell'intera legge n. 241 del 1990 ai provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriale, previsti dall'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 2008, nel testo sostituito dall'art. 11, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 106 del 2009, rende non applicabile anche a tali provvedimenti l'obbligo di motivazione di cui all'art. 3, comma 1, di detta legge, consentendo così all'organo o ufficio procedente di non indicare «i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria».

Restano, dunque, elusi i principi di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa, pure affermati dall'art. 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990, ai quali va ricono-

sciuto il valore di principi generali, diretti ad attuare sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, primo comma, Cost.), sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti della stessa amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.; sul principio di pubblicità, sentenza n. 104 del 2006, punto 3.2 del Considerato in diritto). E resta altresì vanificata l'esigenza di conoscibilità dell'azione amministrativa, anch'essa intrinseca ai principi di buon andamento e d'imparzialità, esigenza che si realizza proprio attraverso la motivazione, in quanto strumento volto ad esternare le ragioni e il procedimento logico seguiti dall'autorità amministrativa. Il tutto in presenza di provvedimenti non soltanto a carattere discrezionale, ma anche dotati di indubbia lesività per le situazioni giuridiche del soggetto che ne è destinatario.

Né può condividersi l'argomento della difesa dello Stato, secondo cui la previsione normativa sarebbe diretta «al rispetto delle esigenze di celerità e di non aggravamento del procedimento, con prevalenza dell'interesse pubblico tutelato dall'art. 97 Cost. in considerazione della particolare finalità della disposizione, per la quale l'esclusione dell'applicabilità della legge n. 241 del 1990 si è resa necessaria per evitare che il provvedimento di sospensione venga adottato solo all'esito del procedimento sanzionatorio».

Invero, la giusta e doverosa finalità di tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori, nonché di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso e irregolare, non è in alcun modo compromessa dall'esigenza che l'amministrazione proceda da conto, con apposita motivazione, dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che ne hanno determinato la decisione, con riferimento alle risultanze dell'istruttoria.

Pertanto, deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 2008, come sostituito dall'art. 11, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 106 del 2009, nella parte in cui, stabilendo che ai provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriale previsti dalla citata norma non si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, esclude l'applicazione ai medesimi provvedimenti dell'art. 3, comma 1, della citata legge n. 241 del 1990.

P.Q.M.

la Corte costituzionale

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 14, comma 1, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 (Attuazione dell'art. 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e di sicurezza nei luoghi di lavoro), come sostituito dall'articolo 11, comma 1, lettera a) del decreto legislativo 3 agosto 2009, n. 106 (Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro), nella parte in cui, stabilendo che ai provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriale previsti dalla citata norma non si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), esclude l'applicazione ai medesimi provvedimenti dell'articolo 3, comma 1, della legge n. 241 del 1990. (...*Omissis*...)

(1) Discrezionalità della P.A. e obbligo di motivazione degli atti amministrativi.

1. Con ordinanza del 13 maggio 2009, il Tribunale ammi-

nistrativo regionale della Liguria ha sollevato la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 14, comma 1, del D.lgs. n. 81 del 2008, recante "*Attuazione dell'art. 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*", nella parte in cui detta norma esclude la totale applicazione delle garanzie di cui alla legge n. 241 del 1990 ai provvedimenti amministrativi adottati in riferimento alla normativa sulla tutela nei luoghi di lavoro.

Secondo il disposto della norma censurata, qualora la Pubblica Amministrazione intenda adottare provvedimenti fondati sul citato articolo 14, è nelle condizioni di poter comprimere la sfera giuridica dei privati, senza, per questo, dover rendere alcuna motivazione al riguardo (obbligo, invece, previsto dall'art. 3 della l. n. 241 per i provvedimenti amministrativi discrezionali). (1)

Il fine di tale disciplina derogatoria viene specificato dalla stessa norma oggetto di censura: "[...] *garantire la tutela della salute e la sicurezza dei lavoratori, nonché [...] contrastare il fenomeno del lavoro sommerso e irregolare*", venendo ulteriore ragione ribadita nelle argomentazioni dell'Avvocatura di Stato: salvaguardare "[...] *il rispetto delle esigenze di celerità e di non aggravamento del procedimento, con prevalenza dell'interesse pubblico tutelato dall'art. 97 Cost. [...]*" (p. 4 del *Ritenuto in fatto*) (2).

La vicenda che ha dato origine al processo amministrativo, ed al successivo sindacato della Corte, concerne l'impugnazione di un provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale emesso dal Servizio di ispezione del lavoro della Direzione provinciale del lavoro di Genova (e la cui esecuzione è stata poi, a sua volta, sospesa dal T.A.R.), a seguito di una visita ispettiva compiuta presso i locali dell'impresa interessata, durante la quale era stato accertato l'impiego al lavoro di due fattorini, non risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria, essendo comunque stata esibita la copia dei rispettivi contratti di lavoro di collaborazione autonoma e occasionale, dato, questo, annotato nel verbale di accesso ispettivo.

La PA emetteva infatti un provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale della (piccola) impresa individuale, sulla base di quanto disposto dall'art. 14 c.1 del D.lgs. n. 81 del 2008, norma di cui, per l'appunto, viene sospettata l'incostituzionalità dal Tribunale amministrativo, in riferimento agli artt. 24, 97, e 113 Cost.: il contenuto precettivo di questa norma andrebbe infatti a confliggere con la tutela di interessi costituzionalmente protetti, quali il principio di pubblicità dell'azione amministrativa, i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, nonché l'esercizio dei diritti della difesa (3). Vengono quindi richiamati nell'ordinanza di rinvio un paio di precedenti giurisprudenziali, della stessa Corte costituzionale nonché del Consiglio di Stato (4), ma di grande interesse appare la copertura "europea" del T.A.R., nella parte in cui riconduce l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi al "*patrimonio costituzionale comune dei paesi europei*", richiamando "a testimonianza" l'art. 253 TCE (ora 296 TFUE, sul generale dovere di motivazione degli atti giuridici, anche normativi dell'UE) (5).

La norma in questione andrebbe ad arrecare pregiudizio all'esercizio *effettivo* della tutela giurisdizionale da parte del privato, poiché, legittimandosi nell'ordinamento un provvedimento amministrativo privo della corrispondente motivazione, si opporrebbe un ostacolo all'attività ermeneutica del giudice, che, impedito nella ricostruzione dell'*iter* logico se-

guito dalla PA per l'emanazione del provvedimento, e nella valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, nonché della proporzionata comparazione fra interesse pubblico e interesse privato, non potrebbe effettuare un sindacato sulla legittimità dell'atto adottato, conseguendone pertanto una lesione del diritto di difesa del cittadino.

Dunque, previa trattazione delle questioni preliminari(6), e preso atto del tentativo (implicito) di interpretazione conforme da parte del giudice di rinvio, la Corte è entrata nel merito delle censure rilevate dal T.A.R., dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma impugnata "nella parte in cui" esclude l'applicazione delle disposizioni di cui alla legge n. 241 del 1990.

Le argomentazioni del giudice *a quo* appaiono, dunque, riprese ed ampiamente condivise dalla Corte, venendo altresì riportato lo stesso precedente giurisprudenziale menzionato dal T.A.R. della Liguria(7), la sentenza n. 104 del 2006(8). La lettura sistematica di tale precedente giurisprudenziale appare ancor più interessante in quanto conferma che, pur essendo indubitabile che spetti alla discrezionalità del legislatore la scelta, fra un'ampia rosa, dei mezzi per perseguire i fini prefissati, è anche vero che permane la possibilità di controllo da parte della Consulta sull'adeguatezza di tali mezzi, non potendo comunque mai tradursi le restrizioni legislative in una compressione arbitraria che annienti del tutto quel "contenuto essenziale" del diritto riconosciuto come inviolabile dalla Costituzione stessa(9).

La pronuncia della Corte costituzionale reintegra quindi coerenza, sistematicità e certezza del diritto, unita ad una consapevole apertura, e partecipazione, alla costruzione del "patrimonio costituzionale comune ai paesi europei".

Barbara Lelli

Note:

(1) In tema: F. Botta, *Atti amministrativi: redazione e adozione*, Milano, 2001, pagg. 81-166; D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Bologna, 1995, pagg. 363-412; A. Pubusa, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 1996, pagg. 140-145; G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, pagg. 194-244; G. Ianni, *Pubblica amministrazione e obbligo di motivazione dei provvedimenti: gli oneri gravanti sulla P.A. in caso di preavviso di rigetto ed annullamento in via di autotutela*, in *Giur. mer.*, n. 4/2010, pag. 1105.

(2) Ai fini di una maggior comprensione può essere utile riportare la norma censurata, e presentata anche dal T.A.R. della Liguria nell'ordinanza di rinvio n. 204 del 2009 (pubblicata in *G.U.* n. 34/2009, *prima serie speciale*); dispone l'art. 14 "al fine di garantire la tutela della salute e la sicurezza dei lavoratori, nonché di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso e irregolare, [...] gli organi di vigilanza del Ministero del lavoro e della previdenza sociale [...] possono adottare provvedimenti di sospensione di un'attività imprenditoriale qualora riscontrino l'impiego di personale non risultante dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20 per cento del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro, ovvero in caso di reiterate violazioni della disciplina in materia di superamento dei tempi di lavoro, di riposo giornaliero e settimanale [...] considerando le specifiche gravità di esposizione al rischio di infortunio, nonché in caso di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro individuate con decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale [...]. Ai provvedimenti del presente articolo non si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241". (corsivi miei).

(3) Prima dell'introduzione dell'obbligo della motivazione dei prov-

vedimenti amministrativi da parte della legge n. 241 del 1990, la giurisprudenza riconduceva gli atti lacunosi al vizio di "eccesso di potere" da parte della PA: a seguito dell'introduzione suddetta, il vizio rilevabile è quello della "violazione di legge", difetto che, tuttavia, nel caso in esame, non poteva essere opposto dal giudice alla PA, poiché, in ordine alle ipotesi elencate dal censurato art. 14 c.1 del D.lgs. n. 81 del 2008, era, infatti, la stessa "legge" a presentare una disciplina derogatoria alla regola generale prescritta dall'art. 3 della legge 241: il rimedio possibile, in tal caso, è costituito proprio dalla sollevazione della questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Consulta.

(4) Il T.A.R., opportunamente, richiama infatti la sentenza della Corte costituzionale n. 104 del 2006, nonché la sentenza del Consiglio di Stato, IV, 9 giugno 2008, n. 2837. In particolare, la decisione di Palazzo Spada si pronunciava su una questione concernente le scelte di pianificazione urbanistica della PA, rilevando che queste, *di norma*, "non comportano la necessità di specifica giustificazione, oltre quella desumibile dai criteri generali di impostazione del piano o della sua variante", necessitando invece una "congrua motivazione, solo quando incidono su aspettative dei privati particolarmente qualificate, come quelle ingenerate da impegni già assunti dalla amministrazione mediante approvazione di piani attuativi o stipula di convenzioni; in tali evenienze, la completezza della motivazione costituisce infatti lo strumento dal quale deve emergere la avvenuta comparazione tra il pubblico interesse cui si finalizza la nuova scelta e quello del privato, assistito appunto da una aspettativa tutelata (C. Stato, IV, 14.5.2007, n.2411)".

Ma più chiaramente: Cons. Stato, VI, 21.05.2007, n. 2537, per cui la funzione di una sufficiente motivazione "[...] è finalizzata a consentire al destinatario dell'atto amministrativo di ricostruire esattamente l'iter logico giuridico attraverso cui l'amministrazione si è determinata ad adottarlo, al fine di controllare il corretto esercizio del potere, onde far valere, eventualmente, le proprie ragioni. Infatti è necessario che l'autorità emanante ponga il destinatario dell'atto amministrativo in condizione di conoscere le ragioni ad esso sottese", dovendosi valutare il *quantum* "caso per caso", e "[...] non potendo la motivazione esaurirsi in mere enunciazioni generiche". Infatti è un "[...] principio generale [quello] per cui la motivazione non si misura secondo la sua lunghezza, ma per la sua idoneità a far comprendere le ragioni in base alle quali l'Amministrazione si sia determinata in una certa maniera [...]" (Cons. Stato, IV, 13.01.2010, n. 48). Inoltre, sui concetti di "discrezionalità amministrativa" e "discrezionalità tecnica": Cons. Stato, IV, 07.05.2007, n. 1971, mentre in riferimento ai cd. "atti vincolati": Cons. Stato, IV, 16.06.2008, n. 2977; circa l'idoneità della motivazione *per relationem*: Cons. Stato, IV, 25.06.2002, n. 6444.

(5) Sul rapporto fra giudici amministrativi e diritto costituzionale e diritto dell'Unione europea, si veda lo scritto di N. Pignatelli, *Sulla sensibilità costituzionale del giudice amministrativo*, in *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Atti del convegno svoltosi a Lecce il 19-20 giugno 2009, curr. G. Campanelli, M. Carducci, N. Grasso, V. Tondi Della Mura, Torino, 2010.

(6) La Corte infatti, preliminarmente, dichiara l'inammissibilità dei profili dedotti dalle parti, ma "non fatti propri dal giudice *a quo*" (p. 4 *Considerato in diritto*), poiché, in base al principio di corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato, ex art. 27 l. n. 87/53, "non possono essere prese in considerazione le censure svolte dalle parti del giudizio principale, con riferimento a parametri costituzionali ed a profili non evocati dal giudice *a quo* e, quindi, la questione va esaminata entro i limiti del *thema decidendum* individuato dall'ordinanza di rimessione" (Corte cost. ord. n. 351 del 2007). In secondo luogo, occorre rammentare che l'oggetto dedotto dal giudice *a quo* nell'ordinanza di rinvio era l'art. 14 c. 1 del D.lgs. n. 81/2008, poi sostituito dall'art. 11 c. 1 lett. a) del D.lgs. n. 106/2009: presentando le due norme "il medesimo contenuto precettivo" (p. 3 *Considerato in diritto*), la Corte ha ritenuto di

poter trasferire il proprio sindacato sulla nuova norma, poiché “il principio di effettività della tutela costituzionale delle parti nei giudizi [...] non tollera che, attraverso l’uso distorto della potestà legislativa, uno dei contendenti possa introdurre [al fine di determinare artificiosamente una situazione di cessazione della materia del contendere] una proposizione normativa di contenuto identico a quella impugnata e nel contempo sottrarla al già instaurato giudizio di legittimità costituzionale. Si impone pertanto in simili casi il *trasferimento della questione* alla norma che, sebbene portata da un atto legislativo diverso da quello oggetto di impugnazione, sopravvive nel suo *immutato contenuto precettivo*.” (Corte cost. sent. n. 533 del 2002).

I precedenti giurisprudenziali sono annoverati a margine della legge n. 87 del 1953, in P. Costanzo, *Codice di giustizia costituzionale*, Torino, 2009.

(7) Sempre sull’obbligo di motivazione degli atti amministrativi, si era pronunciato il T.A.R. della Liguria, nelle sentenze del 19.10.2007 n. 1772 e del 13.11.2006, n. 1506.

(8) In tale sentenza la Corte costituzionale affermava: “La pubblicità dell’azione amministrativa è un principio generale, che attua sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell’amministrazione, sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti dell’amministrazione. Essa è anche un principio del patrimonio costituzionale comune dei Paesi europei.” Su tale decisione si veda il commento di B.G. Mattarella, *Il rilievo costituzionale del principio di pubblicità*, in *Gior.dir.amm.* n. 2/2007, pagg. 169-173.

(9) C. Fatta, *La tutela dei diritti fondamentali tra discrezionalità del legislatore e Corte costituzionale*, in *Rass.Parl.* n. 2/2007, pagg. 395-416.

T.A.R. Liguria, sez. I, sent. 13 gennaio 2012, n. 57 – Pres. Balba – Est. Morbelli – C.O. (Avv. Russo) c. Ministero dell’Interno (Avvocatura dello Stato).

STATO CIVILE – mutamento di cognome - istanza di aggiunta del cognome di individuo non legato da vincoli di parentela o similari per ragioni affettive e di gratitudine – mancanza di rischi di confusione – sussistenza dei presupposti per l’accoglimento della domanda.

(Artt. 84, 85, 86, 87 e 88 del d.p.r. 396/00; art. 6 c.c.)

Sussistono i presupposti per accogliere la domanda di mutamento di cognome di un individuo anche se non vi è un rapporto di parentela o similare tra l’interessato all’aggiunta del cognome e il titolare del cognome da aggiungere. (1)(2)

(... Omissis...)

Fatto

Con ricorso notificato il 7 maggio 2010 al Ministero dell’interno e depositato il successivo 14 maggio 2010 la sig.ra C.O., ha impugnato, chiedendone l’annullamento, il provvedimento in epigrafe.

Avverso il provvedimento impugnato la ricorrente deduceva, con unico articolato motivo, violazione e falsa applicazione degli artt. 84,85, 86, 87 e 88 del d.p.r. 396/00, in relazione all’art. 6 c.c., violazione dell’art. 3 l. 241/90, eccesso di potere per sviamento, sproporzione, difetto di motivazione e di istruttoria, ingiustizia manifesta difetto di presupposto, travisamento, contraddittorietà illogicità manifesta irragionevolezza.

La ricorrente concludeva per l’accoglimento del ricorso e l’annullamento del provvedimento impugnato con vittoria delle spese di giudizio. All’udienza pubblica del 12 gennaio 2012 il ricorso è passato in decisione.

Diritto

Il ricorso è rivolto avverso il decreto con cui è stato negato alla ricorrente di aggiungere al proprio cognome quello di “Leale”. Il ricorso è fondato.

La ricorrente ha chiesto di poter aggiungere al proprio cognome quello del dott. Antonio Leale psicologo che si è occupato della sua istruzione nonché della sua crescita umana e professionale ospitandola in casa. La ricorrente, inoltre, svolge la propria attività professionale insieme al dott. Leale. Quest’ultimo ha espresso il desiderio che la dott. ssa O. possa aggiungere il proprio cognome al suo.

L’amministrazione ha adottato il provvedimento impugnato sul presupposto che le ragioni addotte dalla ricorrente siano generiche e estranee ai principi del diritto e dell’ordinamento civile, potendo eventualmente ricorrere all’adozione di persone adulte, ma non alla trasmissione del cognome tra persone non legate da vincoli di parentela. (...omissis...)

(1) Quando il nome patronimico diventa un “fatto di gratitudine”: il T.A.R. Liguria e il cambiamento di cognome.

Sommario: 1. *L’attribuzione del nome patronimico.* – 2. *La giurisprudenza amministrativa tra principio d’immutabilità e cambiamento del nome.* – 3. *La decisione del T.A.R. Liguria.*

1. L’attribuzione del nome patronimico.

A dispetto del pressoché totale “silenzio mediatico” che ha avuto financo a Genova, la decisione del T.A.R. Liguria, che qui si annota, potrebbe costituire un *leading case* in punto di “trasmissione del nome patronimico” tra individui maggiori di età.

All’origine del contenzioso vi era stata l’istanza, presentata al Prefetto(1), da parte di una donna già laureata, di aggiunta, al proprio cognome, di quello di colui che si era occupato della sua istruzione e della sua crescita umana e professionale, con l’ospitarla in casa e col coinvolgerla nella propria attività professionale (questi aveva espresso, a sua volta, il desiderio che la donna potesse aggiungere il proprio cognome al suo).

A tale riguardo, senza qui dover addentrarci in dettagli di carattere squisitamente amministrativo, è opportuno rilevare come la normativa in materia (v., partic., l’art. 22 Cost. e il d.p.r. n. 396 del 3 novembre 2000, recante il “Regolamento per la revisione e la semplificazione dell’ordinamento dello stato civile”, a cui nel prosieguo ci si riferirà), mentre risulta poco perspicua proprio in punto di cambiamento su base esclusivamente volontaristica del segno identificativo, testimonia, invece, piuttosto chiaramente, l’interesse ordinamentale a che un soggetto abbia (dove possibile fino dal momento della sua nascita) e, specie quando lo voglia, mantenga intatta(3), nel tempo, un’identità di tipo anagrafico. Identità attribuita, che, per tutto il corso della vita, viene documentata negli atti di stato civile, la cui tenuta costituisce, notoriamente, una funzione primaria dello Stato, così come ribadito dal nuovo testo dell’art. 117, 2° comma, lett. i) Cost., che attribuisce in via esclusiva allo Stato la legislazione in materia di “stato civile e anagrafi”, oltre che di cittadinanza.

Proprio l’estremo rilievo di questo tipo di atti che, come ci si affretta a precisare, «non sono costitutivi dello status, bensì servono a consentirne l’individuazione (in seno a due ambiti sociali: Stato e famiglia)(3)» e in conseguenza di cui derivano o possono derivare diritti o obblighi in capo al soggetto, giustifica che, in principio, nella loro gestione nessuno spazio sia lasciato all’autonomia privata: Gli atti di stato civile possono, infatti, essere posti in essere solo da soggetti pubblici (o esercenti privati di pubbliche funzioni), presentandosi, invece, privi di “certezza pubblica” se redatti da soggetti diversi privi del potere certativo

o, comunque, non nell'esercizio della pubblica funzione e secondo il procedimento normativamente previsto(4). Ancora, per quanto in questa sede maggiormente rileva, i medesimi interessi pubblicistici possono riscontrarsi nella caratteristica di fondamentale immutabilità del nome (inteso come ricomprensivo di prenome e cognome), rappresentando la possibilità della sua modifica un'ipotesi eccezionale ed assistita da una procedura particolarmente impegnativa. Più precisamente, salvo il caso in cui l'ordinamento preveda che si possa cambiare o aggiungere un altro "nome", quando quello originario appaia ridicolo o vergognoso (in cui è evidente l'intento di tutela della dignità stessa della persona in sé considerata e nel suo rapporto con i consociati), le situazioni in cui è reso possibile al soggetto modificare il proprio "nome" non sono state tipizzate dalla legge.

In passato, per il cambiamento di "nomi" ridicoli o vergognosi o che rivelassero un'origine illegittima, il r.d. n. 1238 disponeva una procedura che vedeva come titolare della richiesta il Procuratore Generale presso la Corte d'Appello nella cui giurisdizione il richiedente aveva la residenza, il quale, compiuti i debiti atti istruttori, provvedeva sulla domanda con decreto, impugnabile, laddove ne ricorressero le condizioni, al Ministro della Giustizia, il quale, a sua volta, provvedeva, sentito il parere del Consiglio di Stato. Il cambiamento era, poi, consentito anche in ogni altro caso, subordinatamente al giudizio di meritevolezza formulato dal Ministro che, dopo aver sentito il Consiglio di Stato, se vi era stata opposizione nel corso dell'istruttoria (svoltasi sempre davanti alla Procura Generale), promuoveva il relativo decreto da parte del Capo dello Stato.

Ad oggi la procedura è stata semplificata dal d.p.r. n. 396 del 2000, che ha escluso ogni coinvolgimento sia del Procuratore Generale, sia, per altro verso, del Capo dello Stato. Le rubriche degli articoli interessati indicano, rispettivamente, "modificazioni del nome o del cognome" (art. 89) e "cambiamento del cognome" (art. 84), anche se, invero, nel corpo del disposto, il legislatore finisce poi per utilizzare indifferentemente il termine "cambiamento" piuttosto che "modificazione". Un dato relativamente certo è che, in un caso, la procedura "di cambiamento" riguarda solo il cognome, mentre nell'altro "le modificazioni" possono riguardare sia il nome sia il cognome. Solo nella prima ipotesi, che rileva nel caso di specie, si applica la procedura "solenne" (che, cioè, vede il coinvolgimento, per tramite del Prefetto, del Ministero dell'Interno), salvo che il cambiamento del cognome venga richiesto perché ridicolo o vergognoso (tale procedura è, peraltro, destinata a cadere in base ad un recente intervento governativo(5)); in tutti gli altri casi, indipendentemente, dunque, dal fatto che si tratti di modificazioni o cambiamenti, si applica la procedura "semplice" (che vede il solo coinvolgimento delle prefetture) prevista dall'art. 89 del Regolamento.

Un simile quadro complessivo della disciplina ha portato la dottrina(6) a propendere per la natura di "interesse legittimo" dell'aspettativa del soggetto, nei confronti del quale è attribuita all'autorità amministrativa ampia discrezionalità. Peraltro, anche sotto la vigenza della precedente normativa, muovendosi dalla considerazione del nome come segno di identificazione attribuito dalla legge (nell'accezione più ampia) alla persona e tutelato anche nei confronti dello Stato, si riteneva unanimemente che il cittadino avesse solo il diritto di promuovere la procedura di mutamento del nome, ma che l'ampia discrezionalità dei provvedimenti di mutamento del nome escludesse *a priori* la possibilità di ritenere che al mutamento del nome si avesse diritto(7). Dal canto suo, il Consiglio di Stato, specie a partire dagli anni Settanta, ha affermato a chiare lettere l'estraneità del procedimento di modificazione del cognome alla volontà dell'inte-

ressato, ritenendola consentita «solo se ricorrano seri motivi», non considerando tale, ad esempio, il sospetto di appartenenza del proprio cognome alla razza ebraica(8). In altre occasioni, poi, ha ritenuto non sufficientemente dimostrata la sussistenza di ragioni relative alla perpetuazione di un casato in via di estinzione(9) e ha ritenuto viziati da eccesso di potere decreti che autorizzavano la modificazione di un cognome sulla base di presupposti incompleti, a partire dalla dimostrazione dell'esistenza di congiunti titolari del cognome che si intendeva assumere(10).

2. La giurisprudenza amministrativa tra principio d'immutabilità e cambiamento del nome.

In una "prima fase" di vita ordinamentale è emerso, dunque, con tutta evidenza che il principio che stava alla base della materia del cambiamento del "nome patronimico" era quello della non modificabilità del cognome stesso, se non nella ricorrenza di particolari circostanze idonee a superare il forte senso di "attaccamento" dell'ordinamento statale ad esso. Per diverso profilo, il cognome faceva da vero e proprio "collante" al "casato", rivelando direttamente o indirettamente le "origini" del soggetto: dal nome era possibile capire se si aveva a che fare con "un figlio legittimo" o "legittimato", o "naturale riconosciuto" o "non", o "adottivo"...(11). Tuttavia, oggi queste due forme di "attaccamento" al cognome paiono andare affievolendosi. Così, a parte i casi "nobili", anche l'ordinamento familiare sembra aver perso il rilievo tradizionale. Per altro verso, "il nome" come segno distintivo non pare più essere il solo, e talvolta nemmeno il principale elemento caratterizzante la natura di un soggetto. In compenso, come vedremo, esso ha radicato il suo "valore" con stretto riferimento all'individuo che ne è il detentore, del quale simbolizza ed incorpora la personalità.

La giurisprudenza, da parte sua, col trascorrere del tempo è apparsa mitigarsi nell'ammettere il cambiamento o la modifica "del nome"... senza, tuttavia, mai giungere, a quanto ci risulta, a considerarlo un interesse pretensivo né, tantomeno, un diritto soggettivo: in ciò, peraltro, "confortata" dalla giurisprudenza costituzionale in materia(12) (se, talvolta, poi, specie nel Secondo Dopoguerra, è stato dato di avere qualche notizia di "elargizione" di nomi patronimici al di fuori dei binari normativamente tracciati – ovvero, "per motivi di gratitudine" –, l'apertura è parsa avvenire tutta all'interno della discrezionalità amministrativa in materia).

Ricordiamo in proposito che, verso la metà degli anni Ottanta, il Consiglio di Stato ebbe a considerare illegittimo il provvedimento col quale il Ministro di grazia e giustizia aveva negato al richiedente l'aggiunta di un cognome al proprio in quanto non risultava essere sufficientemente motivato (opponendo «generiche considerazioni») in ordine al dissenso alle specifiche ragioni del richiedente e rispetto agli atti istruttori (tutti peraltro favorevoli alla richiesta dell'interessato)(13); lo stesso giudice affermò la legittimità della richiesta di aggiunta del cognome della madre «con il quale il soggetto era conosciuto sin dalla giovane età(14)» e ebbe modo, altresì, di puntualizzare che la legge non subordina l'accoglimento delle domande di aggiunta al proprio cognome di quello materno alla circostanza del pericolo di "estinzione"(15). Anche i T.A.R. dichiararono l'illegittimità di provvedimenti di diniego alla richiesta di mutamento di cognome per il solo fatto che non vi fosse un rapporto di parentela o similare tra l'interessato all'aggiunta del cognome e il titolare del cognome da aggiungere(16), considerato che «la legge di stato civile [...] non condiziona la facoltà di presentare domande di aggiunta di un cognome soltanto all'intento di perpetuare un casato (più o meno noto), ma richiede che le ragioni di carattere

personale o familiare dedotte a sostegno siano meritevoli di tutela (anche sul semplice piano affettivo e morale) e tali da contemperare la libertà dei singoli con l'interesse pubblico alla certezza nell'identificazione della persona e con eventuali interessi privati contrapposti(17)».

Nel corso degli anni Novanta, i giudici amministrativi, pur confermando la discrezionalità insita nell'atto del Ministro, tuttavia, cominciarono ad escludere l'insindacabilità, per lo meno relativamente «ai criteri prescelti per l'esplicazione dell'attività», di tal che risultava possibile il sindacato giurisdizionale relativamente allo sviamento di potere(18) e si rendeva quanto mai necessaria, da parte del ministero, «una motivazione congrua e logica(19)». Su questa base, alla fine degli stessi anni, la posizione del Consiglio di Stato in tema di cognome risulta piuttosto netta, da un lato, mettendosi in luce la diversità tra richiesta di sostituzione e «semplice» aggiunta del «nome»(20): «l'amministrazione non può trattare le due ipotesi allo stesso modo, ma deve considerare che in linea di principio tale richiesta non incide negativamente sulla identificazione delle persone e non ingenera pericolo di confusione»; dall'altro, confermandosi la natura discrezionale del provvedimento che autorizza o nega l'aggiunta di cognome «dovendo essere valutati e contemperati gli interessi pubblici e privati in materia», pur tuttavia ribadendosi che i criteri su cui deve basarsi l'amministrazione, ancorché discrezionali, devono essere idonei a salvaguardare e contemperare gli interessi coinvolti, e precisamente quello pubblico a che i cognomi siano tendenzialmente stabili nel tempo e quelli privati, con particolare riguardo all'interesse del richiedente, che può fondarsi sulle più svariate ragioni di ordine morale, economico, familiare, affettivo, e all'interesse di chi è già portatore del cognome di cui si chiede l'aggiunta(21). Anche, all'indomani dell'entrata in vigore del Regolamento di stato civile, l'atteggiamento dei giudici amministrativi emerge immutato: il Consiglio di Stato è fermo nel ribadire che le ragioni di carattere personale o familiare poste a sostegno dell'istanza debbono essere meritevoli di tutela: «tali da contemperare la libertà dei singoli con l'interesse pubblico alla certezza nell'identificazione della persona e con eventuali interessi privati di segno opposto», pur tuttavia, lasciando intendere che, laddove gli ultimi ordini di interessi non sussistano, sia nelle cose che l'interesse del soggetto trovi soddisfazione(22).

È, dunque, nel quadro per sommi capi descritto, che, in Italia, l'«aspirazione» di una persona fisica al mutamento del nome ha trovato tutela. E non è parso azzardato chiedersi se una tale situazione non potesse risultare, talvolta, troppo stringente ed in fondo pregiudizievole dell'aspettativa del soggetto alla modifica del proprio cognome, quando questa appaia sorretta da valori costituzionali come quello della «pari dignità» – in senso ampio considerata – e del pieno sviluppo – inteso come piena autonomia – della persona umana, ex art. 3, commi, rispettivamente, 1 e 2, Cost. Così, quanto al primo versante, ovvero qualora la pretesa al mutamento del nome sia motivata dalla particolare affinità del nome stesso della dignità di chi se lo sia visto toccare in sorte, non è sembrato irrazionale riconfigurare quella pretesa alla stregua, a tutti gli effetti di un «diritto soggettivo», con l'ulteriore profilo, se del caso, del mutamento della giurisdizione competente. Ancora più delicato, poi, non ci si nasconde, è il secondo versante, specie per chi intraveda in esso una prima fessura idonea a spalancare le porte all'ingresso del principio di libera scelta del cognome «di famiglia», con quanto di «simbolico» (per non dire di «sacrale») questa porta con sé.

3. La decisione del T.A.R. Liguria.

È in una tale traiettoria evolutiva che si colloca – ci pare – la decisione del T.A.R. Liguria, adito(23) all'indomani del diniego di aggiunta del cognome da parte dell'Amministrazione(24), col lamentare la violazione e la falsa applicazione degli artt. 84,85, 86, 87 e 88 del d.p.r. 396/00, in relazione all'art. 6 c.c., e l'eccesso di potere per sviamento (ex art. 3 l. 241/90), nonché «sproporzione, difetto di motivazione e di istruttoria, ingiustizia manifesta difetto di presupposto, travisamento, contraddittorietà illogicità manifesta irragionevolezza». Il T.A.R. Liguria ha accolto il ricorso, ribaltando le conclusioni dell'Amministrazione, secondo cui le ragioni addotte dalla ricorrente sarebbero state generiche ed estranee ai principi del diritto e dell'ordinamento civile, dato che si sarebbe potuti eventualmente ricorrere all'adozione di persone adulte, ma non alla trasmissione del cognome tra persone non legate da vincoli di parentela. Il giudice amministrativo, infatti, nel richiamare la propria precedente giurisprudenza in materia (T.A.R. Liguria, 11 aprile 1988, n. 287), ritiene che non possa «respingersi la domanda di mutamento di cognome per il solo fatto che non vi sia un rapporto di parentela o simile tra l'interessato all'aggiunta del cognome e il titolare del cognome da aggiungere». Dimostrando, piuttosto, di conferire il massimo rilievo vuoi alla «sussistenza», confermata dal «detentore» del cognome stesso di «ragioni affettive e di gratitudine evidenziate dalla ricorrente», vuoi alla mancanza di «pericoli di generare confusione».

Trattasi di una pronuncia certamente innovativa di cui, come si accennava in apertura, si attende di vedere quale sarà il seguito (magari già in sede di eventuale gravame). Innovativa innanzitutto perché, posta la garanzia del rispetto del principio di «certezza anagrafica», contribuisce ad irrobustire la corrispondenza della «forma giuridica» con la «realtà delle cose», col superare quelle situazioni di «mera facciata» che è possibile costruire attraverso l'istituto dell'adozione di maggiorenni. Inoltre, nella direzione ormai intrapresa da tempo da altri ordinamenti (come quello britannico) in cui la modifica del nome pare non essere poi tanto più difficile del cambiamento della targa della macchina(25), essa pare riportare ad una dimensione neutrale (si direbbe «a misura d'uomo») il «dato identificativo» individuale, spogliandolo di quella accezione simbolica e, per certi versi, «sacrale» da cui in certi casi è avvolto(26). Accezione dovuta, in ultima analisi, alla diretta e stretta continuità che la disciplina del cognome, in questi casi, presenta con l'idea stessa (prima ancora che con l'istituto) di «famiglia», al punto che il possesso di un'identità anagrafica finisce per essere, prima che un «segno» di identificazione individuale, un «segno» di appartenenza, per l'appunto, familiare. Ed in alcuni ordinamenti (come quello italiano) finisce addirittura per segnare la preponderanza, nell'ambito dell'unità familiare, di una determinata componente soggettiva (quella a cui è dato modo di trasmettere alla prole il proprio nome patronimico) rispetto all'altra (quella a cui, invece, questo «lascito» non è consentito), con tutte le problematicità che ne conseguono(27). La decisione risulta innovativa anche perché s'inserisce in un ordinamento tra i più conservatori nella materia, pur non essendo mancate (anche prima del provvedimento dianzi citato(28)), val la pena di osservare, iniziative legislative(29) e giudiziali(30) nella direzione di garantire maggiore eguaglianza e apertura alle aspirazioni identitarie individuali. A quest'ultimo proposito e conclusivamente, il T.A.R. Liguria pare porsi in linea con quella giurisprudenza europea dimostratasi, di recente, particolarmente attenta e sensibile alle personali aspettative identitarie e di

vita dei singoli consociati, dando loro modo, ricorrendone le condizioni, di optare per il regime giuridico di attribuzione del nome patronimico reputato più consono alle proprie aspettative⁽³¹⁾. Ciò che può essere visto con favore, anche a fronte della possibilità di “forum shopping”, nell’area “eu-rounitaria”, nella scelta del cognome **(32)**.

Lara Trucco

(1) E, quindi, da questi inoltrata al Ministero dell’Interno, secondo la “procedura solenne” prevista dagli artt. 84 e 85 del Regolamento.

(2) Particolarmente attenta al profilo del “mantenimento intatto” del cognome originariamente attribuito, in quanto «ormai divenuto autonomo segno distintivo della [...] identità personale» dell’individuo è il giudice costituzionale, tanto che la sua giurisprudenza in materia (v., in partic., la “triade” di sentenze della Corte cost.: n. 13, del 3 febbraio 1994, n. 297, del 23 luglio 1996; e n. 120, dell’11 maggio 2001) è considerabile il vero e proprio “cuore” del riconoscimento del diritto all’identità individuale come diritto inviolabile (si consenta di rinviare, al proposito, a L. Trucco, *Introduzione allo studio dell’identità individuale nell’ordinamento costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli, 2004, 140 e ss.

(3) Così F. Vitali, *Lo stato civile*, Milano, Il Sole24ore, 2003, 1.

(4) Del resto, il medesimo rilievo pubblicistico rende, per esempio, ragione del fatto che anche al momento dell’attribuzione del nome i genitori non siano del tutto liberi nella scelta: l’art. 35 del d.p.r. prevede che il nome può essere composto da uno o da più elementi onomastici, anche separati, ma in ogni caso non superiori a tre. È previsto altresì che i nomi stranieri debbano essere espressi in lettere dell’alfabeto italiano, con la estensione alle lettere: J, K, X, Y, W e, dove possibile, anche con i segni diacritici propri dell’alfabeto della lingua di origine del nome, mentre rispetto al passato non esiste più il divieto di imposizione di prenomi aventi il carattere di indicazione geografica (es. Asia, Virginia, Italia ecc.). Infine, con più stretto riguardo ai soggetti di cui non sono conosciuti i genitori è stabilito che non possono essere imposti loro nomi o cognomi che facciano intendere l’origine naturale, o cognomi di importanza storica o appartenenti a famiglie particolarmente conosciute nel luogo in cui l’atto di nascita è formato.

(5) Cfr. il d.p.r. 13 marzo 2012, recante modifica delle disposizioni del decreto del presidente della repubblica 3 novembre 2000, n. 396, in materia di stato civile relativamente alla disciplina del titolo X, dei cambiamenti e delle modificazioni del nome e del cognome: in proposito, v. G. Inglese, *Mutamento e aggiunta di cognome: profili normativi e giurisprudenziali; lo schema di Decreto del Presidente della Repubblica 13/3/2012, infra*, in questa *Rivista* 62 e ss.

(6) V., ad es., U. Breccia, *Commento all’art. 6 c.c. in Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), Bologna, Zanichelli 1988, 377.

(7) U. Breccia, *Commento all’art. 6 c.c., cit.*, 422.

(8) Cons. Stato, sez. III, 27 marzo 1979, n. 846.

(9) Cons. Stato, sez. II, 22 giugno 1977, n. 968.

(10) Cons. Stato, sez. III, 15 maggio 1979, n. 9.

(11) Cfr. F. Vitali, *Lo stato civile*, Milano 2003, 278.

(12) Al proposito, è senz’altro necessario operare il richiamo alla sentenza n. 176 del 1988 della Corte costituzionale che, sgombrando il campo da ogni tentazione “soggettivistica”, ha chiarito che «oggetto del diritto dell’individuo all’identità personale, sotto il profilo del diritto al nome, non è la scelta del nome, bensì il “nome per legge attribuito”, come si argomenta dall’art. 22 Cost. in relazione all’art. 6 cod. civ.» (Corte Cost., ord. 11 febbraio 1988, n. 176; e, in un analogo ordine di idee, Id., ord. 19 maggio 1988, n. 586; e Id., sent. 16 febbraio 2006, n. 61).

(13) Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 1984, n. 750.

(14) Cons. Stato, sez. III, 13 novembre 1984, n. 1374.

(15) Cons. Stato, sez. III, 4 dicembre 1984, n. 1492.

(16) Tar Liguria, 11 aprile 1988, n. 287.

(17) Tar Lazio, sez. I, 20 marzo 1990, n. 303.

(18) Tar Lazio, sez. I, 24 marzo 1993, n. 483.

(19) Cons. Stato, sez. IV, 3 giugno 1997, n. 615; e nello stesso senso Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 1999, n. 63.

(20) Si veda per esempio Cons. Stato, sez. III, 22 giugno 1999, n. 286.

(21) Cons. Stato, sez. IV, 4 ottobre 1999, n. 1510; e, nello stesso senso, Id., sez. III, 9 febbraio 1999, n. 1056; e Id., sez. IV, 4 ottobre 1999, n. 1510.

(22) Cons. Stato, sez. IV, 26 giugno 2002, n. 3533.

(23) Con ricorso notificato il 7 maggio 2010 al Ministero dell’interno e depositato il successivo 14 maggio 2010.

(24) V. il Decreto del Ministero dell’interno del 21 dicembre 2009 di rigetto dell’istanza di aggiunta di cognome.

(25) Cfr. J. Pousson-Petit, *L’identité de la personne humaine au Royaume-Uni*, in *L’identité de la personne humaine* (J. Pousson-Petit cur.), Bruxelles, Bruylant, 2002, 350. Significativo è inoltre rilevare come, dal canto suo, Stuart Mill considerasse il nome alla stregua di un contrassegno: «an unmeaning mark», chiamato a contemperare l’esigenza di differenziazione coll’artificialità e l’arbitrio della sua individuazione (S. Mill, *On liberty*, London, Penguin Books, 1985).

(26) Ciò, specie là dove si ritenga che all’origine della fenomenologia in questione vi sia l’ordinamento canonico, considerato che la presentazione del neonato al fonte battesimale coincide con l’imposizione del nome e l’assunzione del soggetto nel novero dei *fideles*, ossia delle persone riguardate da quell’ordinamento.

(27) A tale proposito ci si limita a segnalare la situazione estremamente problematica presente in Italia, dove non c’è nessuna norma codificata che attribuisca al figlio legittimo il cognome del padre, e, tuttavia, una tale regola è talmente radicata nella cultura (non solo giuridica...) da esser sembrata al legislatore non richiedere alcuna specifica formulazione, nemmeno in occasione dell’emanazione del predetto regolamento dello stato civile... Ad un tale riguardo, deve, però, prendersi atto di come, dal quadro comparatistico in materia, emerga che nella maggior parte degli ordinamenti europei, le potenzialità in ordine all’equilibrio dei sessi in ambito familiare offerte dalle nuove Carte costituzionali del secondo dopoguerra risultano essere state, prima o poi, espresse. E che sul tema ha avuto modo di intervenire in varie occasioni la Corte europea dei diritti dell’uomo, affermando «*que la progression vers l’égalité des sexes est aujourd’hui un but important des Etats membres du Conseil de l’Europe; partant, seules des considérations très fortes peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée exclusivement sur le sexe*», di tal che «rien ne différencie non plus le choix, par les époux, de l’un de leurs patronymes, de préférence à l’autre, comme nom de famille» (v., in partic., *Burghartz c. Suisse*, n. 16213/90, del 22 febbraio 1994).

(28) V. *supra* la nota 5.

(29) V., per esempio, i progetti di legge “in materia di cognome dei figli” presentati nel corso della scorsa legislatura da Brugger (C. 36); Colucci (C. 960); Santelli (C. 1053); Garavini (C. 1699); Mussolini (C. 1703); Bindi (C. 1712); e, da ultimo, la proposta di legge che prevede l’introduzione del “doppio cognome”, presentata in Commissione Giustizia della Camera il 1° marzo 2012.

(30) V., esemplarmente, Corte Cass., sez. I, ordinanza 26 febbraio-17 luglio 2004, n. 13298, in cui la Corte ha sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 143-bis, 236, 237, comma 2, 262, 299 comma 3 c.c.; 33 e 34 del d.p.r. n. 396 del 2000, nella parte in cui prevedono che il figlio legittimo acquisti automaticamente il cognome del padre anche quando vi sia in proposito una diversa volontà dei coniugi, legittimamente manifestata, per contrasto con gli articoli 2, 3 e 29, comma 2, della Costituzione e nella parte in cui non prevedono la facoltà dei genitori di determinare il cognome del proprio figlio legittimo mediante l’imposizione di entrambi i loro cognomi, né il diritto di quest’ultimo di assumere anche il cognome materno. Tuttavia la Corte costituzionale pur rilevando «che l’attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell’ordina-

mento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna», ha concluso che «l'intervento che si invoca con la ordinanza di rimessione», fuoriuscendo dallo schema delle «rime obbligate», «richiede una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte» (v. Corte cost., sent. n. 61/2006, cit. *supra*, alla nota 11).

All'indomani delle decisioni della Consulta nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007 (c.d. «sentenze gemelle»), poi, la Cassazione ha ritenuto di mettere nuovamente in discussione il problema della compatibilità della disciplina italiana sull'attribuzione del cognome con i principi costituzionali, ritenendo opportuno trasmettere gli atti al Primo Presidente «ai fini della eventuale rimessione alle sezioni unite per valutare se ai fini della presente controversia, alla luce della mutata situazione della giurisprudenza costituzionale e del probabile mutamento delle norme comunitarie, possa essere adottata un'interpretazione della norma di sistema costituzionalmente orientata ovvero, se tale soluzione sia ritenuta esorbitante dai limiti dell'attività interpretativa, la questione possa essere rimessa nuovamente alla Corte costituzionale» (cfr. Corte Cass., 22 settembre 2008, n. 23934, reperibile, tra l'altro, in http://www.giurcost.org/casi_scelti/Cassazione/Cass.ord.23934-2008.htm). Ciò, per l'appunto, in considerazione del rinnovato obbligo per il legislatore ordinario di rispettare le norme e i principi di origine sopranazionale ex art. 117, 1° comma Cost.: così, nel caso di specie è stato conferito rilievo all'art. 16, 1° comma, lettera g), della «Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna»; alla Risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 27 settembre 1978, n. 376; a due Raccomandazioni (la n. 1271 del 28 aprile 1995, e la n. 1362 del 18 marzo 1998) del Consiglio d'Europa; nonché, *last but not least*, agli artt. 8 e 14 della CEDU, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo nella giurisprudenza di cui s'è accennato (v. *supra*, la nota 26).

(31) Ci si riferisce, in particolare, a Corte di Giustizia (Grande Sezione), sent. 14 ottobre 2008, in C-353/06, *Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul*, in cui il giudice di Lussemburgo, pure ponendosi nella prospettiva che gli è più congeniale (quella, cioè, attenta alla salvaguardia dei «diritti fondamentali di chi circola» – *rectius*: di chi può circolare – nello «spazio europeo», quale strategia d'integrazione) è parso particolarmente sensibile a dar modo ai cittadini europei, ricorrendone le condizioni, di optare per il regime giuridico di attribuzione del nome patronimico reputato più consona alle proprie aspettative.

(32) Si consenta di rinviare, al riguardo, a: L. Trucco, *Ancora un "via libera" della Corte di Lussemburgo alla "circolazione" dei cognomi (un altro contributo all'elaborazione pretoria dello "statuto europeo del nome")*, in <http://www.giurcost.org/studi/Trucco5.htm>.

(2) Mutamento e aggiunta di cognome: profili normativi e giurisprudenziali. Lo schema di Decreto del Presidente della Repubblica 13 marzo 2012.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Disciplina normativa rilevante. – 3. Lo schema del D.P.R. 13 marzo 2012. – 4. Segue: novità introdotte.

1. Premessa.

Con la sentenza in epigrafe il T.A.R. Liguria ha affermato il principio secondo il quale chiunque può cambiare il cognome, ovvero aggiungere al proprio un altro cognome, senza che siano richiesti presupposti particolari, oltre all'esposizione da parte del richiedente delle ragioni della domanda e salvo contrarie ragioni di pubblico interesse, che devono essere specificamente indicate dall'Amministrazione procedente (ad es.: futilità o non serietà della richiesta).

Con la sentenza in commento, in particolare è giunto ad affermare che:

- ai fini dell'aggiunta di cognome non occorre che vi sia un rapporto di parentela o simile tra l'interessato all'aggiunta del cognome e il titolare del cognome da aggiungere, così sconfessando

la generica motivazione del diniego opposto dall'Amministrazione(1);

- alla base della richiesta di aggiunta di cognome possono stare anche ragioni di carattere affettivo e professionale, quali quelle addotte dalla ricorrente, la quale ha chiesto di aggiungere al proprio il cognome di una persona che l'ha trattata come una figlia e come continuatrice della propria opera intellettuale e professionale nell'ambito delle discipline psicologiche;

- nel caso di aggiunta di cognome, a differenza di quanto può avvenire nel caso di cambiamento del cognome, non si crea pericolo di alterazione o confusione dell'identità dell'individuo(2).

2. Disciplina normativa rilevante.

La sentenza del T.A.R. Liguria ha avuto una vasta eco sia dottrinale(3), sia di stampa, locale e nazionale, anche se talvolta la sua pronuncia, pur innovativa e rispondente alla mutata sensibilità sociale, è stata banalizzata o esasperata(4).

Essa offre l'occasione per fornire un quadro aggiornato della disciplina normativa di questa rilevante materia, che tocca i diritti personali e le aspettative degli individui e che è in procinto di subire una interessante rivisitazione legislativa.

Alla data di redazione del presente commento(5), le norme in tema di mutamento del cognome sono costituite dagli artt. 84-94 del già citato D.P.R. 3/11/2000 n. 396, contenute all'interno del titolo X («Dei cambiamenti e delle modificazioni del nome e del cognome»).

Il suddetto titolo X prevede e disciplina due distinti procedimenti diretti al cambiamento del cognome, sintetizzabili come in appresso.

2.1 Il primo procedimento, di cui agli artt. 84-88, è finalizzato al cambiamento del cognome su motivata richiesta, salvo specifiche ragioni ostative di pubblico interesse che devono essere indicate dall'Amministrazione; trattasi della fattispecie oggetto della sentenza del T.A.R. Liguria n. 57/2012.

Esso risulta articolato nelle seguenti scansioni.

a) Chiunque vuole cambiare il cognome o aggiungere al proprio un altro cognome deve farne richiesta indirizzata al Ministero dell'Interno esponendo le ragioni della domanda (art. 84);
b) la domanda va presentata al Prefetto della Provincia in cui il richiedente ha la residenza; il Prefetto assume sollecitamente informazioni sulla domanda stessa e la trasmette al Ministero dell'Interno con il proprio parere e con tutti i documenti necessari (art. 85);

c) qualora la richiesta appaia meritevole di essere presa in considerazione, il richiedente è autorizzato a fare affiggere all'albo pretorio del Comune di nascita e del Comune di residenza un avviso contenente il sunto della domanda. L'affissione deve avere la durata di trenta giorni consecutivi e deve risultare dalla relazione del responsabile del procedimento fatta in calce all'avviso. Con il decreto con cui si autorizza la pubblicazione, si può prescrivere che il richiedente notifici a determinate persone il sunto della domanda (art. 86);

d) chiunque ritenga di avervi interesse può fare opposizione alla domanda, con atto notificato al Ministro dell'Interno, non oltre il termine di trenta giorni dalla data dell'ultima affissione o notificazione (art. 87);

e) il richiedente, al fine della emanazione del decreto di concessione, trascorso il termine di trenta giorni di cui all'art. 87 senza che sia stata fatta opposizione, deve presentare alla Prefettura competente, per il successivo inoltro al Ministero, un esemplare dell'avviso con la relazione che attesta la eseguita affissione e la sua durata nonché la prova delle eseguite notificazioni, se sono state prescritte;

f) infine, il Ministro, accertata la regolarità delle affissioni e vagliate le eventuali opposizioni, provvede sulla domanda con decreto (art. 88).

2.2 Il secondo tipo di procedimento è invece disciplinato dagli artt. 89-92 ed è diretto al cambiamento del nome o del cognome per circostanze particolari, vale a dire perché ridicolo o vergognoso o perché riveli origine naturale.

Le differenze rispetto al precedente sono le seguenti.

La domanda di cambiamento può essere presentata, oltre che al Prefetto della Provincia del luogo di residenza, anche (se diverso) al Prefetto del luogo nella cui circoscrizione è situato l'ufficio dello stato civile dove si trova l'atto di nascita al quale la richiesta si riferisce. Il Prefetto è l'unico organo amministrativo coinvolto nel procedimento; il Ministero dell'Interno non svolge alcuna attività.

Nella domanda l'interessato deve indicare la modificazione che vuole apportare al nome o al cognome oppure il nome o il cognome che intenda assumere.

La norma pone tuttavia un limite: in nessun caso può essere richiesta l'attribuzione di cognomi di importanza storica o comunque tali da indurre in errore circa l'appartenenza del richiedente a famiglie illustri o particolarmente note nel luogo in cui si trova l'atto di nascita del richiedente o del luogo di sua residenza (art. 89).

L'autorizzazione all'affissione sull'albo Pretorio dell'avviso contenente il sunto della domanda ritenuta meritevole è rilasciata dal Prefetto, e non già dal Ministro (art. 90); del pari, l'eventuale opposizione alla domanda, esperibile da parte di chiunque vi abbia interesse, si propone con atto notificato al Prefetto (art. 91); è il Prefetto, non il Ministro, a provvedere sulla domanda con decreto, dopo aver accertato la regolarità dell'affissione e vagliate le eventuali opposizioni (art. 92).

2.3 Quanto al regime fiscale, in tutti i casi di cambiamento di nomi e cognomi perché radicali o vergognosi o perché rivelanti origine naturale, le domande e i provvedimenti, le copie relative, gli scritti e i documenti eventualmente prodotti dall'interessato sono esenti da ogni tassa (art. 93).

2.4 I decreti che autorizzano il cambiamento o la modificazione del nome o del cognome devono essere annotati, su richiesta degli interessati, nell'atto di nascita e nell'atto di matrimonio del richiedente nonché negli atti di nascita di coloro che ne hanno derivato il cognome. L'ufficiale dello stato civile del luogo di residenza, se la nascita o il matrimonio è avvenuto in altro Comune, deve dare prontamente avviso del cambiamento o della modifica all'ufficiale dello stato civile del luogo della nascita o del matrimonio, che deve provvedere ad analoga annotazione. Gli effetti dei decreti rimangono sospesi fino all'adempimento delle suddette formalità. Per i membri di una stessa famiglia si può provvedere con un unico decreto (art. 94).

3. Lo schema del D.P.R. 13 marzo 2012.

Il sistema dianzi tratteggiato è destinato a essere significativamente riformato nel giro di breve tempo.

Nella seduta n. 16 del 24/2/2012, il Consiglio dei Ministri ha approvato lo schema di Decreto del Presidente della Repubblica recante "Modifica delle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000 n. 396, in materia di stato civile relativamente alla disciplina del titolo X, dei cambiamenti e delle modificazioni del nome e del cognome", il quale introduce rilevanti modifiche alla disciplina in questione.

Tale atto, per quanto risulta dal sito internet del Presidente della Repubblica, è stato già firmato dal Capo dello Stato (D.P.R. 13/3/2012) ed è in attesa di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

Le suddette modifiche, che verranno in appresso illustrate, entreranno in vigore, in base all'art. 8 dello schema di decreto, sessanta giorni dopo la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana; pubblicazione che, per quanto detto, dovrebbe essere imminente.

Lo schema di decreto, come viene affermato nel preambolo, è finalizzato ad adeguare la disciplina di cui al D.P.R. n. 396/2000 a "criteri di semplificazione e snellimento".

Lo schema è stato approvato dal Consiglio dei Ministri dopo aver sentito il Garante per la Protezione dei Dati Personali(6) e aver acquisito i pareri della Conferenza Stato - Città ed Autonomie Locali(7) nonché del Consiglio di Stato, espresso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi nell'adunanza del 23/12/2011.

Dal parere del Consiglio di Stato testé menzionato emerge con chiarezza la *ratio* dell'intervento di modifica, il quale è finalizzato a risolvere le "criticità correlate sia all'eccessiva durata del procedimento, allorché la decisione compete al Ministero, sia all'aumento delle istanze commesse alle crescenti aspettative della società civile", individuando "il Prefetto quale unica autorità decisionale in materia, attribuendogli anche le competenze attualmente esercitate dal Ministero, che continuerà ad emanare le direttive e le linee interpretative al fine di assicurare all'attività la necessaria coerenza normativa e l'omogeneità dell'applicazione".

L'intento ispiratore della riforma è dunque quello di semplificare e razionalizzare il procedimento per la modifica del nome e del cognome, attribuendo ad un unico organo, il Prefetto, la competenza a pronunciarsi sulle relative istanze, con indubbio contenimento dei tempi di definizione del procedimento medesimo(8).

4. Segue: novità introdotte.

Veniamo ora ad analizzare, nel dettaglio, le novità che verranno apportate dallo schema di decreto.

In base all'art. 6 dello schema di decreto gli artt. 84, 85, 86, 87 e 88 del D.P.R. n. 396/2000 vengono abrogati; pertanto non vi saranno più i due tipi diversificati di procedimento sopra sintetizzati, bensì un unico procedimento, disciplinato agli artt. 89-94 come modificati dallo schema di decreto.

Le differenze sono dunque le seguenti:

viene ricondotta in capo al Prefetto competente l'intera procedura, prima ordinata fra centro e periferia;

le circostanze particolari che nella versione originaria costituivano presupposto del procedimento (nome o cognome ridicolo o vergognoso o rivelante l'origine naturale) diventano mere esemplificazioni, come si ricava dall'avverbio "anche" contenuto nel nuovo art. 89, prima non esistente;

il richiedente è tenuto a esporre le ragioni della domanda, così come prevede l'art. 84 (come detto, destinato ad essere abrogato) per il procedimento rimesso alla competenza del Ministro. L'art. 3 dello schema introduce poi all'art. 90 D.P.R. n. 396/2000 il comma 1 bis, in base al quale "il decreto di autorizzazione della pubblicazione può stabilire che il richiedente notifichi a determinate persone il sunto della domanda", così 'recuperando' l'adempimento previsto dall'art. 86.

L'art. 4 sostituisce integralmente l'art. 91 D.P.R. n. 396/2000 prevedendo, per l'opposizione alla domanda - da proporsi con atto notificato al prefetto - il termine di trenta giorni dalla data dell'ultima affissione ovvero dalla data dell'ultima notificazione alle persone interessate, effettuata ai sensi dell'art. 90.

L'art. 5, infine, modifica l'art. 92 D.P.R. n. 396/2000, adeguandone la disciplina alla procedura, introdotta dall'art. 3, che prevede la possibile notificazione ai controinteressati(9).

Le innovazioni, testé descritte, introdotte dallo schema di D.P.R. 13/3/2012 sono da accogliere favorevolmente. Ed invero, i cittadini che intendono mutare il proprio nome o cognome potranno beneficiare, nell'imminente futuro, di un procedimento che dovrebbe essere più rapido e semplice rispetto al passato, incentrato sulla figura del solo Prefetto. Nel frattempo, gli interessati potranno contare sulla pronuncia del T.A.R. Liguria n. 57/2012.

Giuseppe Inglese
Avvocato, Foro di Genova

(1) Il T.A.R. richiama a conferma un proprio remoto precedente: T.A.R. Liguria 11/4/1988 n. 287

(2) In senso conforme si vedano due pronunce del Consiglio di Stato: la sentenza della Sez. IV, 26/4/2006 n. 2320 in base alla quale *“la disciplina vigente di cui al D.P.R. 3/11/2000 n. 396 prevede non solo la possibilità di aggiunta di altro cognome al proprio ma anche un ampio riconoscimento della facoltà di cambiare il proprio cognome, a fronte del quale la sfera di discrezionalità riservata alla pubblica amministrazione deve intendersi circoscritta all'individuazione di puntuali ragioni di pubblico interesse che giustificano il sacrificio dell'interesse privato del soggetto al cambiamento del proprio cognome, ritenuto anch'esso meritevole di tutela dall'ordinamento”*; nonché il parere della Sez. I, 17/3/2004 n. 515 secondo cui *“la domanda di mutamento del cognome rivolta direttamente al Ministero, ai sensi degli artt. 84 e ss. D.P.R. 396/2000, può essere motivata anche da intenti soggettivi ed atipici, purché meritevoli di tutela e non contrastanti con il pubblico interesse alla stabilità e certezza degli elementi identificabili della persona e del suo status giuridico e sociale”*.

(3) Cfr., esemplarmente, L. Trucco, *Quando il nome patronimico diventa un “fatto di gratitudine”*: il T.A.R. Liguria e il cambiamento di cognome, *supra*, in questa Rivista, 58 e ss.

(4) Su una seguita trasmissione radiofonica RAI del pomeriggio

è stato lanciato un gioco su quale cognome vorresti aggiungere al tuo ...

(5) Come verrà più diffusamente illustrato *infra*, negli ultimi giorni di febbraio è comparsa sulla stampa la notizia che il Governo Monti ha approvato uno schema di Decreto del Presidente della Repubblica di riforma della disciplina in questione.

(6) Il Garante per la Protezione dei Dati Personali ha espresso parere favorevole sullo schema di decreto con provvedimento 27/4/2011 n. 164, dopo aver rilevato che il suddetto schema apporta modifiche al D.P.R. n. 396/2000 che investono esclusivamente le competenze istituzioni dell'Autorità prefettizia e non incidono sul trattamento dei dati personali.

(7) La Conferenza Stato - Città ed Autonomie Locali ha espresso parere favorevole nella seduta del 3/11/2011, visti anche gli esiti della riunione tecnica del 14/9/2011 nel corso della quale l'ANCI ha espresso il proprio assenso tecnico.

(8) Nel comunicato stampa del Governo relativo alla seduta del Consiglio dei Ministri n. 16 del 24/2/2012 si legge, a conferma, che *“se in passato le domande dei cittadini venivano presentate alle Prefetture, ma poi il provvedimento finale era adottato dal Ministero dell'Interno, da oggi [rectius, dall'entrata in vigore del nuovo D.P.R.] il Prefetto diventa l'unica autorità decisionale. Si prevedono risparmi consistenti in termini di tempo (per i cittadini) e incrementi di efficienza (per l'amministrazione)”*.

(9) Sul punto il Consiglio di Stato, nel parere 23/12/2011 n. 4926/2011, ha evidenziato che la nuova formulazione dell'art. 92 mantiene la stessa rubrica della disposizione vigente (*“Decreto di concessione del prefetto”*), in tal modo volendosi salvaguardare il principio della permanenza, comunque, di una potestà discrezionale dell'autorità amministrativa a pronunciarsi sulla domanda, con ciò escludendo che sussiste un diritto soggettivo perfetto e incondizionato del richiedente al mutamento del nome e del cognome.

Massime

T.A.R. Liguria, sez. II, 22 settembre 2011, n. 1396 - Pres. Pupilella - Est. Peruggia - M.S. Srl (Avv.ti Piromalli e Parodi) c. Provincia di Genova (Avv.ti Scaglia e Manzone) e c. L.S. Srl (Avv.ti Aquili, Belloi e Palmero).

CONTRATTI della p.a. - cauzione provvisoria insufficiente - esclusione dalla gara - illegittimità.

CONTRATTI della p.a. - esclusione dalla gara per motivi diversi da quelli di cui all'art. 46 del D. Lgs. n. 163/2006 - illegittimità.

(Art. 46 D. Lgs. n. 163/2006)

È illegittima l'esclusione da una gara d'appalto di un corrente per aver prodotto una cauzione provvisoria inferiore a quella richiesta dal bando, posto che ai sensi dell'art. 46 del D. Lgs. n. 163/2006 la stazione appaltante può escludere i candidati o i concorrenti solo per l'incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o nella sigillazione dei plichi.

La legge di gara non può prevedere cause di esclusione diverse da quelle di cui all'art. 46 del Codice dei Contratti pena la loro nullità.

J.V.

T.A.R. Liguria, sez. II, 2 novembre 2011, n. 1497 - Pres. Di Sciascio - Est. Ponte - Dimarco S.r.l. (Avv.ti Pellerano e Creuso) c. Azienda Ospedaliera Universitaria "San Martino" (Avv. Alberti) e c. Ccc Società Cooperativa - Rael (Avv.ti Anselmi e Bertone).

CONTRATTI della p.a. - associazione temporanea d'impreses - legittimazione a proporre ricorso giurisdizionale da parte del singolo membro - sussiste.

CONTRATTI della p.a. - ricorso incidentale - esame prioritario rispetto al ricorso principale - sussiste.

CONTRATTI della p.a. - ricorso incidentale - esame prioritario rispetto al ricorso principale - ricorso principale di cui sia evidente l'infondatezza, l'inammissibilità, l'irricevibilità o l'improcedibilità - non sussiste.

CONTRATTI della p.a. - ricorso incidentale - esame prioritario rispetto al ricorso principale - ricorso principale di cui sia evidente l'infondatezza, l'inammissibilità, l'irricevibilità o l'improcedibilità - non sussiste.

CONTRATTI della p.a. - sottoscrizione documenti offerta tecnica - firma per esteso nell'ultima pagina dell'offerta richiesta a pena di esclusione - mancata sottoscrizione alcune pagine del documento - irrilevanza.

CONTRATTI della p.a. - contestazione attribuzione punteggi - deve afferire i profili di illogicità e travisamento - contestazione della valutazione nel merito dell'offerta - inammissibilità.

(Art. 38 D. Lgs. n. 163/2006)

Ciascun membro di un'associazione temporanea d'impreses, priva in quanto tale di autonoma soggettività giuridica, che abbia in

tale veste partecipato a una gara d'appalto, può impugnare a titolo individuale gli atti della procedura stessa in quanto il fenomeno del raggruppamento di imprese non dà luogo a un'entità giuridica autonoma che escluda la soggettività delle singole imprese che lo compongono.

Il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere di regola esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegli l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura. Detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente. L'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità.

Il comma 1 dell'art. 38 D. Lgs. n. 163/2006 ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, mentre il comma 2 non prevede analoga sanzione per l'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione: da ciò discende che solo l'insussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall'art. 38 comporta, "ope legis", l'effetto espulsivo. Quando, al contrario, il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la "lex specialis" non preveda espressamente la pena dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, facendo generico richiamo all'assenza delle cause impeditive di cui alla normativa in esame, l'omissione o l'incompletezza in ordine a tali elementi non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo un'ipotesi di mero formalismo come tale insuscettibile, in assenza di una espressa previsione legislativa o della legge di gara, a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative (nella specie, il disciplinare di gara chiedeva unicamente le dichiarazioni rispetto ai soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente, e non richiedeva specifica dichiarazione relativamente agli amministratori o soggetti dotati di potere di rappresentanza di altre compagini societarie eventualmente preesistenti e poi incorporate)

Laddove la lex specialis imponga, secondo l'opzione ermeneutica conforme ai principi di chiarezza del bando, di stretta interpretazione delle cause di esclusione e di favor participationis, a pena di esclusione la firma per esteso nell'ultima pagina dell'offerta dei soggetti ivi indicati, la mancata sottoscrizione di alcuni dei numerosi fogli e documenti concernenti le complesse offerte oggetto della gara non comporta l'esclusione dalla procedura. In ogni caso, ogni dubbio interpretativo andrebbe risolto in termini di favor participationis.

Sono inammissibili le contestazioni relative al merito delle valutazioni tecniche svolte dalla stazione appaltante, di per sé motivate (sia in termini di voto numerico che di giudizio). Gli unici profili di censura ammissibili sono la manifesta illogicità ed il travisamento dei fatti.

T.A.R. Liguria, sez. II, 18 gennaio 2012, n. 86 - Pres. Di Sciascio - Est. Caputo - Ditta Individuale A.R.C.A. (Avv. L. Barabino) c. Università agli Studi di Genova (Avvocatura dello Stato) e c. Società Fabbricazioni Idrauliche S.p.a.

CONTRATTI della PA – modalità di presentazione della domanda di partecipazione e del plico contenente l'offerta – esclusione dalla gara – fattispecie in cui l'invio sia avvenuto a mezzo del servizio postale – e il cd report dell'ufficio attesti la ricezione del plico e la messa a disposizione del destinatario "grande utente" entro il termine perentorio previsto dal bando - illegittimità.

L'indicazione del luogo di consegna, divisato nella lettera di invito, va coordinato con le norme contenute nel codice dei contratti pubblici, in particolare con l'art. 77, comma 7, Dlgs n. 163/2006 che recita: "le domande di partecipazione possono essere presentate a scelta – va sottolineato – dall'operatore economico, per telefono, ovvero per iscritto mediante lettera, telegramma, fax".

La disposizione è espressiva di un principio generale a mente del quale, diversamente da quanto previsto in tema di comunicazioni e scambi di informazione di cui all'art 77, comma 1, codice dei contratti, è rimessa all'operatore economico la scelta della modalità con cui presentare la domanda di partecipazione.

La ricerca del senso compiuto del (necessario) coordinamento fra disposizioni scaturenti da fonti gerarchicamente (sovra)ordinate, delle quali l'una è il portato giuridico dei principi di semplificazione e trasparenza nelle procedure pubblicistiche di gara, l'altra l'espressione della discrezionalità di cui gode l'amministrazione nella scelta delle modalità negoziali, ha soluzione assegnando all'indicazione contenuta nella lettera di invito il solo significato compatibile con la norma di legge.

Vale a dire: qualora l'operatore economico, fatti salvi gli altri mezzi previsti dalla legge che disciplina la materia, intenda consegnare direttamente la domanda di partecipazione ed il plico presso la stazione appaltante deve presentarli presso l'ufficio protocollo.

Viceversa qualora invece, come nel caso che ne occupa, opti per un diverso mezzo trovano applicazione i criteri di forma documentale che ordinariamente ne consacrano la tempestiva presentazione. E che, nei confronti di destinatario cd. grande utente (ex art. 36, comma 3, D.P.R. 655/1982), si configurano con la consegna del plico all'ufficio postale e la messa a disposizione per il ritiro da parte della P.A. destinataria, attestata dal cd. report dell'ufficio postale stesso.

J.V.

T.A.R. Liguria, sez. I, 26 settembre 2011, n. 1411 – Pres. Balba – Est. Pupilella – S.N.C. Castello Miramare (Avv. Galletto e Montaldo) c. Comune di Genova (Avv. Pessagno).

EDILIZIA e urbanistica – istanza di accertamento di conformità o di condono – mancata definizione del relativo procedimento – ordine di demolizione – illegittimità.

EDILIZIA e urbanistica – ordine di demolizione – ricorso giurisdizionale - istanza di condono edilizio – improcedibilità ricorso.

EDILIZIA e urbanistica – ordine di demolizione – ricorso giurisdizionale - istanza di condono edilizio – improcedibilità ricorso.

L'ordine di demolizione adottato in data successiva alla presentazione della richiesta di accertamento di conformità o di condono, in assenza di preventiva determinazione su quest'ultima, è illegittimo in quanto l'amministrazione ha l'obbligo di pronunciare su di essa prima di procedere all'irrogazione delle sanzioni definitive. La presentazione della domanda di concessione in sa-

natoria o di condono successivamente all'emanazione del provvedimento sanzionatorio determina l'improcedibilità del ricorso avverso tale provvedimento, ma non incide sulla legittimità del provvedimento, considerato che l'illegittimità è situazione patologica originaria dell'atto, relativa al suo momento genetico, mentre la proposizione dell'istanza è vicenda successiva.

Il lungo lasso di tempo trascorso tra la realizzazione dell'opera e le misure sanzionatorie adottate, impongono all'amministrazione di motivare il provvedimento di demolizione specificando le prevalenti ragioni di tutela dell'interesse pubblico (nel caso di specie, la veranda era stata costruita più di settant'anni prima del provvedimento demolitorio).

J.V.

T.A.R. Liguria, sez. II, 15 febbraio 2012, n. 289 – Pres. Di Sciascio – Est. Caputo – Associazione Venditori Ambulanti Liguri, Giuseppe Occhiuto ed altri (Avv. Bilanci) c. Comune di Genova (Avv. De Paoli), Genova Parcheggi Spa (Avv. Rubino).

GIUSTIZIA amministrativa – provvedimento amministrativo – legittimazione alla impugnazione – residenti – associazione di categoria – sussistenza.

(art. 7 D.Lgs. 30 aprile 1992 n. 285; Art. 7 c.p.a.)

SERVIZI PUBBLICI – parcheggi – istituzione di blu area da parte del comune in zone periferiche del centro urbano – contratto di diritto privato – tariffa – libertà contrattuale del privato – insussistenza - qualificazione come tributo o prestazione patrimoniale imposta.

(art. 23 Cost.; art. 7 D.Lgs. 30 aprile 1992 n. 285)

SERVIZI PUBBLICI – parcheggi - istituzione blu area da parte del comune in zone periferiche del centro urbano – valutazione politica – esclusione – valutazione discrezionale nell'an e vincolata nel quantum e nel quomodo – strumentalità alla prestazione di un servizio agli utenti – rispetto del principio di legalità - rispetto dei criteri di efficienza, economicità e razionalità dell'azione amministrativa – garanzia diritti di cittadini e utenti - dovere di individuare vicine zone a parcheggio libero.

(D.Lgs. 30 aprile 1992 n. 285, art. 7)

SERVIZI PUBBLICI – parcheggi - istituzione blu area da parte del comune in zone periferiche del centro urbano – dovere di individuare vicine zone a parcheggio libero – due tipi di deroga - tassatività dei casi previsti - interpretazione restrittiva – area pedonale, zona a traffico limitato e centri storici – ex lege - zone di particolare rilevanza urbanistica con esigenze e condizioni di particolare traffico – strumenti urbanistici vigenti – adozione dal consiglio comunale - individuazione "ricognitiva" della giunta comunale – discrezionalità – esclusione – presupposti per la deroga nel caso di specie – insussistenza.

(D.Lgs. 30 aprile 1992 n. 285, artt. 3 e 7; Codice Civile, art. 14 Disp. Prel.; D.M. 2 aprile 1968 n. 1444)

SERVIZI PUBBLICI – parcheggi - istituzione Blu area da parte del Comune in zone periferiche del centro urbano – omessa individuazione di vicine zone a par-

cheggio libero – generiche esigenze di traffico – auto-referenzialità - insufficiente motivazione.

(D.Lgs. 30 aprile 1992 n. 285, art. 7; Legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 3)

Sono legittimati ad agire per l'impugnazione di un provvedimento amministrativo i residenti e gli esercenti stabilmente insediati nell'area soggetta al provvedimento medesimo, nonché l'associazione di categoria statutariamente istituita per la tutela degli interessi da questo compromessi (nella specie, l'Associazione venditori ambulanti liguri, legittimata ad impugnare il provvedimento istitutivo delle Blu Aree, in quanto causa di aggravamento delle condizioni di accesso ai mercati rionali).

Il pagamento della tariffa di parcheggio pubblico costituisce corrispettivo commisurato ai tempi ed ai luoghi della sosta se ed in quanto all'utente del servizio sia assicurata la possibilità di scegliere se avvalersi delle aree di parcheggio a pagamento, ovvero, viceversa, di quelle senza custodia o senza dispositivi di controllo di durata della sosta. In caso contrario, infatti, esso si configura come tributo o prestazione patrimoniale imposta e deve, pertanto, essere assoggettato alla garanzia di cui all'art. 23 Cost.

L'istituzione di parcheggi a pagamento (cd. Blu Area) non è rimessa alla valutazione politica dell'Amministrazione, come tale sottratta al sindacato di legittimità del Giudice Amministrativo, ma al potere discrezionale dell'Amministrazione medesima, peraltro vincolato ex lege nel quantum e nel quomodo, quale attività di programmazione propedeutica allo svolgimento di un pubblico servizio, strumentale a quella di prestazione di servizi in favore degli utenti, in particolare mediante la doverosa individuazione di zone a parcheggio libero nelle vicinanze di quelle a pagamento, in ossequio al principio di legalità ed ai criteri di efficienza, economicità e razionalità dell'azione amministrativa.

L'obbligo di istituire adeguati spazi da destinare a parcheggi liberi è suscettibile di due casi tassativi di deroga: la prima, ex lege, per le zone definite, ex art. 3 D.Lgs. 30 aprile 1992 n. 285, area pedonale, zona a traffico limitato e zone A ai sensi del d.m. 2 aprile 1968 n. 1444 (centri storici); la seconda, per le zone di particolare rilevanza urbanistica, secondo gli strumenti urbanistici in vigore, nelle quali sussistono esigenze e condizioni di particolare traffico, la cui individuazione è rimessa dalla legge alla valutazione della Giunta comunale e riveste natura "ricognitiva" (e non discrezionale), sulla base dei vigenti strumenti urbanistici, adottati dal Consiglio comunale. (Nella specie non sussistono i presupposti per la deroga per nessuna delle aree per cui è causa: Bassa Val Bisagno, Albaro, San Fruttuoso, Marassi e Staglieno, in cui sono del tutto assenti organici sistemi di trasporto collettivo interconnessi, con annesso aree di interscambio, costituenti il presupposto di fatto per l'istituzione delle Blu Aree nelle zone periferiche del centro urbano e nelle quali, per di più, i parcheggi a pagamento ostacolano lo scorrimento del traffico e costituiscono un pericolo per l'incolumità degli utenti).

Le generiche esigenze di traffico, mutate in presa diretta dalla legge, affrancate dal contesto normativo di riferimento e dalla situazione concreta oggetto di disciplina, e riprodotte "tal quali" negli atti, non costituiscono idonea motivazione per l'istituzione da parte del Comune di parcheggi a pagamento (cd. Blu Area) in zone periferiche del centro urbano, ma si traducono in vuote sintesi verbali non affatto idonee a giustificare la deroga alla legge, sfociando in quello che è stato definito dalla Corte costituzionale vizio logico di autoreferenzialità (cfr., in senso analogico e sistematico, Corte cost. n. 115 del 2011).

F.P. e C.F.

Corte costituzionale, sent. 26 gennaio 2012, n. 15 – Pres. Quaranta - Est. Criscuolo.

PREVIDENZA – contribuzione INPS – contemporaneo esercizio di attività in forma d'impresa e di attività autonoma – legge di interpretazione autentica – retroattività – esclusione dell'unificazione della contribuzione sulla base del parametro dell'attività prevalente – obbligo di iscrizione alla gestione commercianti e alla gestione separata – infondatezza della questione.

(Artt. 3, 24, comma 1, 102, 111, comma 2, 117, comma 1 Cost., in relazione all'art. 6 CEDU; D.l. 31 maggio 2010, n. 78, art. 12, comma 11, conv., con modif., dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, art. 1, comma 1).

LEGGE - retroattività – valore fondamentale di civiltà giuridica – derogabilità in caso di legge di interpretazione autentica – legittimità nel caso si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato in essa già contenuto.

(Artt. 3, 24, comma 1, 102, 111, comma 2, 117, comma 1 Cost., in relazione all'art. 6 CEDU; D.l. 31 maggio 2010, n. 78, art. 12, comma 11, conv., con modif., dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, art. 1, comma 1).

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, art. 12, comma 11 (conv., con modif., dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, art. 1, comma 1), sollevata dalla Corte d'appello di Genova, in funzione di giudice del lavoro, in riferimento agli artt. 3, 24, primo comma, 102, 111, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'articolo 6 CEDU, nella parte in cui, risolvendo un conflitto interno alla giurisprudenza di merito e di legittimità attraverso l'interpretazione autentica della l. 23 dicembre 1996, n. 662, art. 1, comma 208, dispone che la disposizione sia retroattivamente interpretata nel senso che, in caso di esercizio di attività in forma d'impresa ad opera di commercianti, o artigiani, o coltivatori diretti, contemporaneamente all'esercizio di attività autonoma, per la quale è obbligatoriamente prevista l'iscrizione alla gestione previdenziale separata di cui alla l. 8 agosto 1995, n. 335, art. 2, comma 25, non operi l'unificazione della contribuzione sulla base del parametro dell'attività prevalente (1).

Il divieto di retroattività della legge, pur costituendo valore fondamentale di civiltà giuridica, non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25 Cost., e può essere legittimamente derogato qualora la norma che deriva dalla legge di interpretazione autentica si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto, riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario (2).

(1-2) La sentenza interviene a dirimere la questione di legittimità costituzionale sollevata con ordinanza del 22 novembre 2010 dalla Corte d'appello di Genova, in funzione di giudice del lavoro, nel giudizio vertente tra l'Istituto nazionale per la previdenza sociale (INPS) e L. L. ed altra, iscritta al n. 59 del registro ordinanze 2011 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 16, prima serie speciale, dell'anno 2011.

F.B.

Diritto Tributario

Massime

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. IV, 19 gennaio 2011, n. 6 – Pres. e Rel. Grandinetti – A.S. Virtus Basket Spezia (d.ssa T. Crescenzo) c. Agenzia delle Entrate Ufficio La Spezia.

ACCERTAMENTO analitico induttivo ex art 39 c. 1 dpr 600/73 – associazioni sportive dilettantistiche – agevolazioni fiscali ex L. 398/91 – requisiti – non sussistono – clausole e regole statutarie poste a garanzia del rispetto normativo – violazione - regime fiscale agevolativo - decadenza.

La facoltà di fruire dello specifico regime agevolativo di cui alla L. 398/91 non è semplicemente legata alla manifestazione della relativa opzione, ma anche al possesso di precisi requisiti soggettivi ed oggettivi rinvenibili nel quadro normativo di cui al D.Lgs 460/97 (dove si definiscono associazioni sportive “solo le società dilettantistiche”) ed al D.P.R. 917/1986 (che, all’art. 148 c. 1°, definisce non commerciale l’attività svolta dalle associazioni sportive nei confronti degli associati o dei partecipanti a condizione che la stessa sia esercitata in conformità delle finalità istituzionali). Il regime agevolativo è inoltre subordinato all’adeguamento degli statuti ed atti costitutivi con l’inserimento delle clausole previste al comma 4° quinquies dell’art. 148 TUIR, introdotto dall’art. 5, D.Lgs. 460/97.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. I, 2 marzo 2011, n. 53 – Pres. Panetta – Rel. Baldini - Carro A. (Larosa B.) c. Agenzia delle Entrate Ufficio La Spezia.

ACCERTAMENTO analitico induttivo ex art 39 c. 1 dpr 600/73 – studi di settore – indicatore economico produttività – incoerenza - grave situazione di salute - chiusura dell’attività economica per mancanza dei presupposti di economicità - presunzione di maggiori ricavi – infondata.

Non sono presumibili maggiori ricavi fondati sull’incoerenza dell’indicatore economico produttività per chi, a seguito di una gravissima situazione di salute, che comporta una grave limitazione nella vita quotidiana, soprattutto da un punto di vista lavorativo, è costretto a chiudere l’attività stessa per mancanza dei presupposti di economicità.

C.N.

Commissione tributaria provinciale di La Spezia, sez. VII, 13 dicembre 2010, n. 187 - Pres. Sorrentino - Rel. Argilla - Argenti R. (Grazzini E.) c. Agenzia delle Entrate Ufficio La Spezia.

ACCERTAMENTO analitico induttivo ex art 39 c. 1 dpr 600/73 – studi di settore – poteri regolamentari dell’Amministrazione – eccezione di incostituzionalità – infondatezza.

È palesemente infondata l’eccezione d’incostituzionalità, con riferimento all’art. 23 della Costituzione, degli artt. 62 bis e 62 sexties del D.lgs. n. 331 /93, nella parte in cui non prevedono un limite al potere regolamentare dell’Amministrazione finanziaria,

essendovi ormai numerose conferme giurisprudenziali anche della Suprema Corte, circa la legittimità degli studi di settore.

C.N.

Commissione tributaria provinciale di La Spezia, sez. VII, 16 giugno 2011, n. 86 - Pres. Sorrentino – Rel. Costi - Razori L. (Mancini M. P.) c. Agenzia delle Entrate Uff. La Spezia.

ACCERTAMENTO – concessione libertà condizionata – incidenza del reddito dell’indagato – non sussiste – recupero imposta sui dati dichiarati dal contribuente - fondatezza.

Non esiste una norma che vincoli l’autorizzazione ad allontanarsi dal domicilio presso il quale l’indagato è ristretto alla comprovata esistenza di un reddito del soggetto stesso. Pertanto, risultano del tutto inattendibili le giustificazioni addotte dal contribuente che, una volta arrestato, al fine di far risultare un determinato reddito che avrebbe potuto consentirgli uno stato di libertà condizionata, aveva “gonfiato” la dichiarazione dei redditi, per poi presentare una dichiarazione di rettifica.

C.N.

Commissione tributaria provinciale di Imperia, sez. IV, 28 giugno 2011, n. 75 - Pres. Bocchiardo – Rel. Bianchi, Pannone G. S.r.l. (Finiguerra M.) c. Agenzia delle Entrate Ufficio controlli Imperia.

ACCERTAMENTO – indagini bancarie ex art. 51 c. 2 Dpr. 633/72 ed art. 32 c. 1 Dpr. 600/73– onere della prova – grava sul contribuente – cointestazione di conti correnti – presunzione di condivisione al 50% delle somme depositate – infondatezza.

Ai sensi dell’art. 51 c. 2 Dpr. 633/72 ed art. 32 c. 1 Dpr. 600/73, il contribuente che, contesta le risultanze di un accertamento basato sugli elementi emergenti da depositi bancari, deve fornire adeguata prova idonea a superare la presunzione legale che proprio quell’accertamento induttivo ha giustificato. La cointestazione con altro soggetto di due dei tre conti correnti oggetto di accertamento non esime di per sé il contribuente dal fornire comunque tale prova contraria, non ritenendosi corretto che lo stesso possa in merito beneficiare a priori di una presunzione assoluta e generica di condivisione al 50% con tale soggetto terzo delle somme depositate, ritenendosi sufficiente rilevare come, in ogni caso, lo stesso ricorrente poteva disporre dell’intera somma ivi depositata, salvo diversi accordi interni tra gli interessati, anche questi non dimostrati.

C.N.

Commissione tributaria provinciale di Imperia, sez. I, 13 gennaio 2011, n. 11 - Pres. Belgrano – Rel. Donetti - Generali costruzioni S.r.l. (Dott. Gabriel G.) c. Agenzia delle Entrate Ufficio Territoriale Imperia.

ACCERTAMENTO – indagini bancarie ex art. 51 c. 2 Dpr. 633/72 ed art. 32 c. 1 Dpr. 600/73 – movimentazioni bancarie – riferibilità all'attività d'impresa – fondatezza – limiti al recupero fiscale – ragionevolezza.

Fermo restando il principio secondo cui, a norma dell'art. 32 DPR 600/73, gli importi delle movimentazioni bancarie si presumono riferiti all'attività imprenditoriale quali componenti attivi di reddito, salvo rigorosa prova contraria che ne attesti l'irrelevanza o la non influenza, risponde a criteri di ragionevolezza e di equità sostanziale contenere il recupero fiscale nell'ambito dei soli versamenti accertati, posto che, secondo comune esperienza e buon senso i prelevamenti da c/c sono da imputare al sostenimento dei costi correlati all'attività dell'impresa generatrice dei ricavi.

C.N.

Commissione tributaria provinciale di Imperia, sez. I, 1 gennaio 2011, n. 20 - Pres. Sanzo - Rel. Donetti - Gentile V. (Farina V.) c. Agenzia delle Entrate Ufficio Controlli Imperia.

ACCERTAMENTO SINTETICO – coefficienti presuntivi di maggior reddito ai ex art. 38, comma 4, 5 e 6 DPR. 600/73 e D.M. 10/09/92 – incongruenza tra dati dichiarati e capacità di spesa dimostrata – onere della prova – a carico del contribuente - carenza di motivazione ex art. 42 D.P.R. 600/73 - infondatezza.

In materia di accertamento sintetico ex art. 38 DPR 600/73, il possesso di beni indicatori di capacità contributiva è riconosciuto come indice idoneo a fondare la presunzione che chi ne sia in possesso goda di un reddito proporzionato. L'accertamento sintetico richiede, per il suo utilizzo, l'esistenza di due circostanze: il possesso di determinati beni e lo scostamento di un quarto tra il reddito complessivo determinato in base a tale possesso e quello dichiarato dal contribuente; in presenza di ambedue le circostanze l'Ufficio non deve operare ulteriori indagini, spettando al contribuente l'onere di fornire eventuali prove contrarie.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. II, 13 maggio 2011, n. 99 - Pres. Schito - Rel. Lomazzo, O. T. c. Agenzia del Territorio.

ACCERTAMENTO Catastale – motivazione – condizioni di validità.

L'atto di classamento è validamente motivato se individua con esattezza la ragione dell'intervento amministrativo (denuncia di variazione per intervenute modifiche strutturali, per esatta rappresentazione grafica, ecc., o per intervento di ufficio), la categoria, classe assegnata, la consistenza e la rendita. È onere dell'Amministrazione dare dimostrazione nel corso del giudizio della idoneità delle valutazioni compiute (in riferimento ai criteri astratti utilizzati) per giungere al classamento.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. V, 9 marzo 2011, n. 73 - Pres. Balba - Rel. Del Vigo, B.F.G. c. Agenzia delle Entrate, Ufficio di Genova 2.

ACCERTAMENTO – decadenza – mancata presentazione della dichiarazione – termine quinquennale – società a ri-

stretta base societaria – distribuzione ai soci degli utili non contabilizzati dalla società – presunzione – legittimità.

Nel caso di omessa presentazione della dichiarazione, il termine di decadenza per l'accertamento della pretesa impositiva, è da identificarsi sempre in quello del 31 dicembre del quinto anno successivo a quello in cui avrebbe dovuto presentarsi la dichiarazione, a nulla valendo la "imputabilità" o meno di tale mancata presentazione al contribuente (che non rende, di per sé, applicabile il diverso termine quadriennale).

Nell'ipotesi di società di capitali a ristretta base sociale, deve ritenersi legittima la presunzione di distribuzione ai soci degli utili extracontabili, non ricorrendo il divieto di *presumptio de praesumpto*, in quanto il fatto noto non è costituito dalla sussistenza di maggiori redditi induttivamente accertati nei confronti della società, ma dalla ristrettezza della base sociale e dal vincolo di solidarietà e di reciproco controllo dei soci che, in tal caso, normalmente, caratterizza la gestione sociale.

A.Q.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. III, 25 marzo 2011, n. 32 - Pres. Bonetto - Rel. Di Siena - B.T. (dott. Tamietto) c. Agenzia delle Entrate Ufficio di Imperia.

ACCERTAMENTO – studi di settore – presupposto – gravi incongruenze – dimostrazione – necessità – adeguamento caratteristiche attività del contribuente - necessità.

È illegittimo un accertamento fondato sugli studi di settore (art. 62 sexies d.l. n. 331/93) qualora l'Ufficio non abbia indicato né dimostrato le gravi incongruenze tra i ricavi dichiarati e quelli accertati sulla base dello studio di settore stesso, essendo altresì necessario che lo studio di settore applicato sia "calibrato" in relazione alle specifiche caratteristiche dell'attività svolta dal contribuente.

AN.GI.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. IV, 11 ottobre 2011, n. 120, Pres. Maglione - Rel. Sarni - A.P.I.C. c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Savona.

ACCERTAMENTO – art. 10 D.lgs. n. 460/97 - requisiti per la qualifica di un soggetto come ONLUS con la conseguente fruizione di vantaggi fiscali – assenza – accertamento – IRES IRAP IVA - legittimità.

È legittimo l'accertamento emesso nei confronti di un'associazione che, pur formalmente qualificandosi come Onlus, non rispetti i requisiti imposti dalla D.Lgs. n. 460/1997, art. 10, ai fini del riconoscimento della relativa qualifica e dei relativi benefici (nella specie, è risultato mancare un vero e proprio rapporto associativo, senza elezione degli organi direttivi, e la contabilità era tenuta in maniera approssimativa).

AN.GI.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. III, 8 febbraio 2011, n. 8 - Pres. Bonetto - Rel. Di Siena - W. S.a.s. c. Agenzia delle Entrate Ufficio di La Spezia.

ACCERTAMENTO – avviamento – valutazione da parte del giudice – criteri – indicazione - necessità.

Nella valutazione dell'avviamento, il giudice è sempre libero di se-

guire criteri anche diversi da quelli della mera capitalizzazione dei redditi, criteri che possono essere variabili, con l'unico limite di indicare i motivi della scelta di un particolare criterio, ed i concreti elementi che hanno influito sulla determinazione del valore accertato

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. IV, 29 novembre 2011, n. 456 – Pres. Di Napoli – Rel. Graziano – B. S.r.l. c. Agenzia delle Entrate – Dir. Prov. Genova.

ADESIONE AL P.V.C. – diniego alla definizione – Impugnabilità – Sussistenza.

ADESIONE AL P.V.C. - mancata adesione per tutte le annualità – Invalidità dell'adesione – Sussistenza –

ACCERTAMENTO – raddoppio dei termini – violazione che comporta obbligo di denuncia – legittimità – fondatezza della notizia criminis - esclusione.

MOTIVAZIONE – assenza degli elementi previsti dall'art. 7 L. n. 212/2000 – nullità dell'atto - esclusione.

La comunicazione con la quale l'Agenzia delle Entrate porta a coscienza del contribuente l'invalidità dell'istanza di adesione al p.v.c. (ex art. 5-bis del d.lgs. n. 218/1997) ha natura di "provvedimento di diniego di agevolazioni ovvero di rigetto di domanda di definizione agevolata" e come tale è atto impugnabile nanti al giudice tributario ai sensi dell'art. 19, lett. h) del d.lgs. n. 546/1992:

Ai sensi dell'art. 5-bis del d.lgs. n. 218/1997 la definizione agevolata al p.v.c. è ammessa soltanto in relazione al contenuto integrale dello stesso; pertanto, la definizione agevolata non è ammissibile allorché l'istante escluda una annualità d'imposta, quale che sia la ragione della predetta esclusione.

Ai sensi dell'art. 43, c. 3, d.p.r. n. 600/1973, in caso di violazione che comporta obbligo di denuncia ai sensi dell'art. 331 c.p.p., per uno dei reati previsti dal d.lgs. n. 74/2000, i termini per l'accertamento sono raddoppiati relativamente al periodo di imposta in cui è stata commessa la violazione. Il raddoppio del termine di accertamento è legato alla sussistenza del mero obbligo di inoltrare la denuncia e non alla fondatezza della notizia criminis, la cui valutazione non può essere compiuta dal giudice tributario.

In base al principio generale della espressa previsione dei casi di nullità, la comunicazione dell'Ufficio in cui difetti l'indicazione del responsabile del procedimento, dell'organo giurisdizione cui ricorrere e delle relative modalità, in quanto tale disposizione non prevede tale tipo non può essere considerata nulla in quanto tale sanzione non è prevista dall'art. 7, c. 2, L. n. 212/2000.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. I, 5 aprile 2011, n. 61 - Pres. e Rel. Schito – P.E. c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Savona.

IRPEF – agevolazione – incentivo all'esodo – art. 19, c. 4-bis, d.p.r. n. 917/1986 – rimborso somme erroneamente trattenute – contribuente – onere della prova sussistenza condizioni di cui al regime transitorio ex art. 36, c. 23, d.l. 223/2006- necessità.

Per effetto del regime transitorio introdotto con l'art. 36, c. 23 del d.l.

n. 223/2006, la disciplina prevista dall'art. 19, c. 4-bis, t.u.i.r. (che assoggetta a tassazione agevolata gli emolumenti erogati in occasione della cessazione del rapporto di lavoro, al fine di incentivare l'esodo dei lavoratori di età superiore a 50 anni, se donne, e 55 anni se uomini) "continua ad applicarsi con riferimento alle somme corrisposte in relazione a rapporti di lavoro cessati prima della data di entrata in vigore del presente decreto, nonché con riferimento alle somme corrisposte in relazione a rapporti di lavoro cessati in attuazione di atti o accordi, aventi data certa, anteriori" al 4 luglio 2006. Pertanto, il contribuente che abbia scontato una tassazione ordinaria e che voglia quindi domandare il rimborso delle somme indebitamente trattenute ex art. 19, c. 4-bis, cit., deve dimostrare che la risoluzione del rapporto di lavoro sia avvenuta in attuazione di atti od accordi esistenti anteriormente al 4 luglio 2006 (nella specie, pur avendo il contribuente cessato anticipatamente il rapporto di lavoro, in data 31/12/07 né dal prospetto di liquidazione allegato al ricorso né da altro documento, risultava che tale risoluzione fosse avvenuta in attuazione di atti od accordi esistenti anteriormente al 4 luglio 2006).

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. I, 11 maggio 2011, n. 66 - Pres. Picozzi - Rel. Schito – M.P. c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Savona.

IRPEF – rimborso somme erroneamente trattenute – art. 38 d.p.r. n. 602/1973 - dies a quo – data di pubblicazione della sentenza della C.d.G. U.E. che dichiara la norma interna in contrasto con quella comunitaria.

Nel caso in cui la normativa interna contrasti con una direttiva comunitaria o con l'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia, il momento in cui il diritto alla restituzione di quanto indebitamente trattenuto dallo Stato per effetto di tale normativa può essere fatto valere va individuato in quello in cui il contribuente ha la conoscenza dell'esistente contrasto, conoscenza da presumersi alla data di pubblicazione della sentenza della Corte di Giustizia che lo ha affermato; conseguentemente, il termine di 48 mesi previsto dall'art. 38 del d.p.r. n. 602/1973 può farsi decorrere solo da tale data e non prima (fattispecie relativa al rimborso di somme indebitamente trattenute per effetto del regime agevolato per gli incentivi all'esodo di cui all'art. 19, c. 4-bis, d.p.r. n. 917/1986, dichiarato incompatibile con il diritto comunitario dalla sentenza della Corte di Giustizia 21/07/2005, C-207/04 "Vergani", pubblicata il 3/09/05, data da cui la commissione ha fatto decorrere il termine previsto dall'art. 38 cit.).

AN.GI.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. XII, 21 marzo 2011, n. 14 – Pres. Moraglia – Rel. Chiti - Calbucci M. (Dott. Tortora A.) c. Agenzia delle Entrate Ufficio Sarzana.

IRPEF - reddito di lavoro autonomo – principio di cassa - mancato incasso nell'anno accertato – onere della prova – grava sul contribuente.

IVA – attività di amministratore – occasionalità – rilevanza – esclusione.

IVA – prestazioni di servizi di intermediazione relativi ad operazioni effettuate fuori dal territorio della C.E. – imponibilità – esclusione.

IRAP – attività di amministratore e consulenza svolta occasionalmente – autonoma organizzazione – insussistenza – assoggettabilità ad imposta - esclusione.

Dal momento che i compensi relativi a prestazioni di lavoro autonomo (ex art. 54 t.u.i.r.) sono tassati "per cassa", è onere del contribuente dimostrare che i compensi che l'Ufficio ha accertato con riferimento ad un dato anno di imposta, in realtà, in tale anno, non sono mai stati percepiti.

Ai sensi dell'art. 5 comma 1 e 2 d.p.r. n. 633/72, il compenso di amministratore è assoggettabile ad Iva solo se svolto in maniera abituale, mentre è esclusa l'imposizione nel caso in cui tale attività venga svolta in via occasionale.

Ai fini IVA, ai sensi dell'art. 9, comma 1, punto 7, non sono imponibili i servizi di intermediazione relativi ad operazioni effettuate fuori del territorio della Comunità Europea (nella specie, la Libia).

Non è soggetto ad IRAP il contribuente che abbia percepito compensi per attività di amministratore e di consulenza occasionale, essendo le relative prestazioni svolte personalmente, senza l'apporto di dipendenti e con un'organizzazione minimale.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. I, 2 marzo 2011, n. 41 – Pres. Panetta - Rel. Baldini - Verbinsak V. (Boraschi A.) c. Agenzia delle Entrate Ufficio Controlli La Spezia.

IRAP – locazione di un immobile per soggiorni turistici - intermediazione da parte di altra società – attività imprenditoriale in capo al proprietario dell'immobile – non sussiste.

La locazione dell'immobile, sede dell'ex azienda agricola, per soggiorni turistici, non può determinare un'attività imprenditoriale produttrice di reddito d'impresa in capo al proprietario dello stesso, qualora quest'ultimo si limiti a svolgere compiti marginali e l'attività di locazione sia di fatto gestita tramite l'intermediazione di altra società che percepisce oltre il 40% del ricavato.

C.N.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. III, 8 febbraio 2011, n. 15 - Pres. Bonetto – Rel. Di Siena - M. B. c. Agenzia delle Entrate Ufficio Genova 2.

IRAP – avvocato – autonoma organizzazione - insussistenza.

Ai fini dell'Irap, è insussistente il requisito dell'autonoma organizzazione nel caso di un avvocato che eserciti la professione con un computer, una stampante, una fotocopiatrice ed arredi minimi indispensabili, senza dipendenti e/o collaboratori anche occasionali, in quanto tali beni non fanno emergere un surplus di attività impersonale ed aggiuntiva rispetto a quella del professionista.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. X, Pres. Loffredo – Rel. Mazza - C. S.r.l. c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Genova.

IMPOSTA DI REGISTRO – risoluzione di un preliminare – caparra – non disciplinata nel contratto – imposta dovuta – proporzionale - sussistenza.

Qualora le parti risolvano un contratto preliminare di compravendita per mutuo consenso, non essendo stata disciplinata nel contratto la "caparra" (con la conseguenza che al giudice è precluso comprendere se a fronte di tale risoluzione vi sia stata o meno una

movimentazione di denaro), l'imposta di registro deve essere applicata in misura proporzionale (3%) in base al combinato disposto dell'art. 28 d.p.r. n. 131/1986 e dell'art. 9 della tariffa.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. I, 11 maggio 2011, n. 64 – Pres. Picozzi – Rel. Lomazzo – D.L.C. c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Savona.

IMPOSTA DI REGISTRO – agevolazioni "prima casa" – concessione - rispetto del termine di diciotto mesi – necessità.

IMPOSTA DI REGISTRO – agevolazioni "prima casa" – sanzioni – esclusione – buona fede – obiettiva incertezza sulla portata della normativa – sussistenza.

La concessione della c.d. "agevolazione prima casa" (prevista dalla nota II-bis, dell'art. 1 della Tariffa, Parte I, allegata al d.p.r. n. 131/1986) è subordinata (fra l'altro) al fatto che l'immobile sia ubicato nel territorio del Comune nel quale l'acquirente ha, o stabilisca, la propria residenza entro diciotto mesi dall'acquisto. Tale termine può essere derogato a favore del contribuente solamente quando il ritardo nell'assunzione della residenza sia riferibile ad eventi non prevedibili al momento dell'acquisto dell'immobile da adibire a sede familiare e non altrimenti evitabili (nel caso di specie, la Commissione ha ritenuto che il contribuente, prima di acquistare l'immobile, era comunque a conoscenza del fatto che questo fosse oggetto di interventi di ristrutturazione totale, tanto più che le varianti d'opera, intervenute dopo l'acquisto, non erano state necessitate da impreviste difficoltà costruttive o da altre imponderabili ragioni sopravvenute).

In caso di revoca dell'agevolazione prima casa, non sono dovute le sanzioni qualora il contribuente abbia preventivamente ritenuto, in buona fede, la non riferibilità a sé del protrarsi degli ulteriori lavori eseguiti nell'edificio nel quale era posta l'abitazione acquistata. Del pari devono essere escluse le sanzioni anche in considerazione dell'ordinanza della Cassazione n. 3507 dell'11.02.2011, che ha escluso la natura perentoria del termine di diciotto mesi, in quanto, ove tale pronuncia fosse confermata anche da altre sentenze, si realizzerebbe un'ipotesi di "obiettiva incertezza sulla portata ed ambito di applicazione della norma tributaria" per la quale non sono dovute le sanzioni (ex art. 10, c. 3, L. n. 212/2000).

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIV, 31 maggio 2011, n. 147 - Pres. Balba - Rel. Mazza – A. S.r.l. c. Agenzia delle Entrate Ufficio Genova 3.

IMPOSTA DI REGISTRO – vendita di un complesso immobiliare – rideterminazione del valore da parte dell'Ufficio – onere del contribuente di confutare i valori adottati dall'Ufficio - sussistenza.

Nel caso in cui l'Ufficio ridetermini il valore di un complesso immobiliare sulla base delle stime O.M.I. e di una stima dell'Agenzia del Territorio, liquidando maggiori imposte di registro ipotecarie e catastali, per contestare quanto affermato dal Fisco è onere del contribuente non limitarsi a generiche affermazioni circa la non coerenza delle valutazioni dell'Agenzia, ma presentare almeno una perizia asseverata o atti di transazione di immobili similari.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. III, 24 giugno 2011, n. 92 – Pres. Sgambati – Rel. Scirocco – Castagna Settimo S.r.l. (Peonia I.) c. Agenzia delle Entrate Ufficio La Spezia.

DIRITTO DOGANALE – sequestro giudiziale delle cava – conseguimento dei ricavi – impedito.

Riorganizzazione di azienda – onere della prova – a carico dell'Ufficio - elusione fiscale – non sussiste.

È avulsa dalla comune realtà imprenditoriale l'asserzione che una circostanza quale il sequestro giudiziario delle cave non sia – per una società che svolge attività di estrazione e lavorazione di materiale lapideo – da considerarsi circostanza idonea ad impedire il conseguimento di ricavi.

L'ipotesi della destinazione della riorganizzazione d'azienda a mere finalità elusive – pur se astrattamente ipotizzabile – in concreto, deve essere supportata dalla presentazione, da parte dell'Ufficio, di dati probatori tali da far ragionevolmente ritenere l'intento, da parte della società che tale riorganizzazione ha posta in essere, di voler raggiungere dolosamente finalità illecite.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. IV, 28 giugno 2011, n. 47 – Pres. Caporusco – Rel. Del Medico – I Coloniali d'Oriente Import Export S.a.s. (Avv.ti M. Turci, R. Vianello, D. D'Alauro) c. Agenzia delle Dogane di La Spezia.

DIRITTO DOGANALE – regime di esenzione IVA – presupposto oggettivo dell'introduzione fisica delle merci nel deposito – mancanza - omissione del pagamento dell'IVA in dogana – illegittimità - sanzione per omesso versamento dell'imposta ex art. 13 c. 2 D.lgs. n. 471/97 - applicabilità.

Non può godere del regime di esenzione IVA la società che non fornisce prove certe ed inoppugnabili circa l'ingresso e l'uscita delle merci dal deposito IVA e i relativi costi e tempi. Mancando la certezza del presupposto oggettivo dell'introduzione fisica nel deposito, infatti, gli adempimenti teoricamente avvenuti, in pratica non assumono alcuna rilevanza al fine del regime utilizzato. Pertanto, poiché all'utilizzo irregolare di tale regime di esenzione iva consegue l'illegittima omissione del pagamento dell'iva in dogana al momento dell'importazione delle merci, allo stesso consegue anche l'applicazione - alla società che lo ha posto in essere - della sanzione per omesso versamento dell'imposta dovuta, nella misura prevista dal combinato disposto degli artt. 6, comma 9 bis, in vigore dal gennaio 2008 in virtù dell'art. 1, comma 155, della L. n. 244/2007 e 13 del D.Lgs. n. 471/97.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. IV, 8 marzo 2011, n. 17 – Pres. Grandinetti – Rel. Molino – Centro Assistenza Doganale CAD Alto Tirreno Srl. (Avv.ti Armella e Orsi) c. Agenzia Dogane Circostrizione Doganale di La Spezia.

DIRITTO DOGANALE – obbligazione doganale all'importazione – rappresentanza indiretta ex art. 201, 3 CDC –responsabilità oggettiva e solidale dello spedizioniere per fatto della ditta importatrice – sussiste.

Per determinare la sussistenza o meno di una responsabilità oggettiva dello spedizioniere, derivante dalla funzione esercitata, occorre accertare se lo stesso risulti o meno titolare di una procedura di accertamento (domiciliazione), nell'ambito della quale ha il potere di agire in nome proprio e per conto suo, ossia con rappresentanza indiretta, così come prevede l'art. 64, comma 2, lett. a) del CDE. Tale disposto, infatti, definisce non solo l'importatore, ma anche colui che agisce in nome proprio e per conto dell'importatore, equiparandolo a lui e configurando una rappresentanza indiretta, dalla quale scaturiscono vantaggi, ma anche condizioni e obblighi particolari previsti dall'art. 201, p. 3, del CDC.

C.N.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. IV, 11 ottobre 2011, n. 119 – Pres. Maglione – Rel. Sarni – S.W. c. Comune di La Spezia.

TRIBUTI LOCALI - ICI – accertamento – immobile oggetto di pignoramento – disponibilità – assenza - presupposto – esclusione.

Ai fini dell'assoggettabilità ad ICI deve essere accertata la sussistenza, in capo al titolare del bene, della possibilità di godere dei frutti e di fruire dei vantaggi che il possesso di quel bene astrattamente comporta. Qualora manchi la disponibilità del bene e sia quindi impossibile trarre da questo alcuna utilità, come nel caso del titolare di un bene oggetto di pignoramento, non sussiste il presupposto del tributo (nel caso di specie, il giudice ha equiparato la condizione del titolare di un bene pignorato a quella del fallito, in quanto entrambi sono sprossessati dei relativi beni, quindi impossibilitati a trarne qualsiasi utilità che esprima una capacità contributiva)

AN.GI.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. VI, 10 marzo 2011, n. 12 – Pres. Di Mattei – Rel. Teppati – B.F. c. Comune di Portofino.

TRIBUTI LOCALI - ICI – contratto di sub concessione – diritto d'uso – soggettività d'imposta – sussistenza.

È soggetto passivo ICI il contribuente che abbia stipulato una sub concessione di un bene (nella specie, una porzione di un autoparcheggio) con un soggetto a sua volta concessionario per conto del Conto: l'acquisto della sub concessione equivale infatti all'assunzione della titolarità di un diritto d'uso rilevante ai fini della soggettività ICI

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIV, 31 maggio 2011, n. 145 – Pres. Balba – Rel. Mazza – M. S.r.l. c. Comune di Genova.

TRIBUTI LOCALI - ICI – agevolazioni – contribuente - onere della prova sussistenza delle condizioni – incombenza.

Qualora il contribuente invochi un'agevolazione ai fini ICI è suo onere dimostrare di essersi trovato nelle condizioni che gli davano diritto di poterne beneficiare, non essendo sufficiente in giudizio limitarsi a mere affermazioni di principio.

AN.GI.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, Sez. XI, 27 dicembre 2011, n. 118 - Pres. Spirito - Rel. Locci - T.B. S.n.c. c. AMIU GENOVA S.p.A. (Avv. Lovisolo) - Comune di Genova - Equitalia Sestri S.p.A.

TRIBUTI LOCALI - Tariffa di igiene ambientale - riscossione - iscrizione a ruolo - necessità atto prodromico - insussistenza.

TRIBUTI LOCALI - Tariffa di igiene ambientale - legittimazione attiva Soggetto Gestore del servizio - sussistenza - convenzione con l'Agente della riscossione - sussistenza.

Ai fini della riscossione della TIA, l'art. 49, c. 15, del D.lgs. n. 22/1997 (riproducendo il meccanismo di riscossione della precedente TARSU), prevede che questa sia riscossa, sulla base delle disposizioni del d.p.r. n. 602/1973 e del d.p.r. n. 43/1988, attraverso l'iscrizione a ruolo sulla base di una situazione di fatto denunciata dal contribuente e la notifica di tale iscrizione a ruolo avvenga attraverso la notifica della cartella di pagamento senza prevedere l'emissione e la notifica di alcun atto prodromico.

Ai fini della riscossione della TIA, l'art. 49 del D.Lgs. n. 22/97, non prevede che debba necessariamente essere stipulata una convenzione tra il Gestore del servizio e l'Agenzia delle Entrate per l'utilizzo del "ruolo" (nella specie, da un lato, il Gestore era legittimato a gestire e riscuotere la TIA per conto del Comune in base a specifica convenzione, e dall'altro, per riscuoterla a mezzo ruolo il Gestore aveva stipulato una convenzione con l'Agente della Riscossione a cui, per effetto del d.l. n. 203/2005, è stato normativamente conferito l'esercizio della riscossione in base ai ruoli esattoriali).

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 20, 8 marzo 2011, n. 142 - Pres. Rovelli - Rel. Bozzano - V. s.n.c. in liquidazione c. Camera di Commercio C.C.I.A.A.

DIRITTI CAMERALI - società in liquidazione - debenza - obbligo di avviso della Camera di Commercio - non sussiste - cancellazione della società - da decorso - deposito istanza - non da approvazione bilancio di liquidazione.

La Camera di Commercio non è tenuta a comunicare che anche le società in liquidazione sono assoggettate ai diritti camerali (ai sensi della modifica del d.m. 11 maggio 2001, n. 359), in modo da consentire loro (eventualmente) di accedere al ravvedimento operoso.

La cancellazione della società (a partire dalla quale nessun tributo può più essere preteso) retroagisce alla data di presentazione dell'istanza di cancellazione (nella specie 2006), e non già dell'approvazione del bilancio finale di liquidazione (nella specie 1999), a nulla valendo il pagamento delle sopratasse, volte solo a sanare il ritardo procrastinoso fra il primo ed il secondo evento.

A.Q.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XX, 29 dicembre 2011, n. 299 - Pres. Rovelli - Rel. Scanu - N.P. S.n.c. c. AMIU GENOVA S.p.A. (Avv. Lovisolo) e Equitalia Sestri S.p.A.

RISCOSSIONE - cartella di pagamento - notificazione diretta a mezzo posta - vizio di inesistenza - inconfiurabilità.

RISCOSSIONE - cartella di pagamento - motivazione - art. 7 L. n. 212/2000 - violazione - nullità - insussistenza

RISCOSSIONE - cartella di pagamento - sottoscrizione autografa - necessità - esclusione.

TRIBUTI LOCALI - Tariffa di igiene ambientale - riscossione - iscrizione a ruolo - necessità atto prodromico - insussistenza.

TRIBUTI LOCALI - Tariffa di igiene ambientale - applicazione dell'IVA sulla TIA - legittimità.

Non è inesistente la cartella esattoriale che sia stata notificata a mezzo posta direttamente dall'Agente della Riscossione e senza redata di notifica stante il combinato disposto degli artt. 14 della L. n. 890/82 e 26 del d.p.r. n. 602/73.

L'art. 7 della L. n. 212/2000 non prevede alcuna sanzione di nullità per la cartella di pagamento che si ritenga emessa in sua violazione (nella specie, la cartella di pagamento è stata comunque ritenuta motivata essendo indicati gli importi iscritti a ruolo, la causale, l'ente creditore, l'immobile oggetto di tassazione ed i relativi mq dello stesso).

È valida la cartella di pagamento non sottoscritta in quanto l'autografia della sottoscrizione è elemento essenziale dell'atto amministrativo nei soli casi in cui sia espressamente previsto dalla legge, essendo di regola sufficiente che dai dati contenuti nello stesso documento sia possibile individuare con certezza l'autorità da cui l'atto proviene (conformemente a Corte Cost., ord. n. 117 del 21.04.2000).

Ai fini della riscossione della TIA, l'art. 49, c. 15, del D.lgs. n. 22/1997, prevede che questa possa essere riscossa, sulla base delle disposizioni del d.p.r. n. 602/1973 e del d.p.r. n. 43/1988, attraverso la diretta iscrizione a ruolo senza la previa emissione di un avviso di pagamento e/o di altro atto prodromico.

La Corte Costituzionale, con la sent. n. 238/2009 non si è pronunciata circa la presunta illegittimità dell'applicazione dell'IVA sulla TIA, ma ha affrontato la questione di legittimità costituzionale della norma che ha attribuito al Giudice tributario le controversie relative alla TIA. Pertanto, in ogni caso l'applicazione dell'IVA non può dirsi illegittima in quanto ad oggi non è stata espressamente abrogata la norma che fissa al 10% l'aliquota IVA sulle prestazioni di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani contenuta nella normativa sull'IVA.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. X, 23 giugno 2011, n. 236 - Pres. Mignone - Rel. Penna - S. S.n.c. c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Genova e Equitalia Sestri S.p.A.

RISCOSSIONE - cartella di pagamento - notificazione - irreperibilità relativa - termini per l'impugnazione - decorrenza.

RISCOSSIONE - cartella di pagamento - termini per la notificazione - decadenza.

Nel caso di irreperibilità "relativa", il termine per impugnare l'atto notificato decorre, per il destinatario, dal ricevimento della raccomandata informativa o, comunque, trascorsi dieci giorni dalla sua spedizione.

Ai sensi dell'art. 25 d.p.r. n. 602/1973, la notifica della cartella di pagamento deve essere effettuata, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre del terzo anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. III, 24 giugno 2011, n. 82/3/11 - Pres. Sgambati - Rel. Cozzani - Martelli G. (Frunzo G.) c. Agenzia delle Entrate Ufficio Territoriale di La Spezia.

RISCOSSIONE- cartella di pagamento - rateazione di importi eccedenti i 50.000 € - fideiussione - versamento di una somma - legittimo - buona fede del contribuente ex art. 10 L.212/2000 - sussiste.

Tenuto conto dell'art. 10 della L. 212/2000, ha operato in completa buona fede, con l'intenzione di far fronte alle proprie obbligazioni e nel rispetto delle indicazioni e prescrizioni dell'Agenzia delle Entrate, il contribuente che, successivamente al ricevimento della comunicazione di irregolarità, effettua un primo versamento per rendere l'importo dovuto inferiore ad € 50.000, ed ottenerne così la rateazione senza dover prestare la fideiussione prevista per gli importi eccedenti tale somma.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, Sez. II, 9 maggio 2011, n. 95 - Pres. Schito - Rel. Lomazzo - B.I. c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Savona.

SANZIONI - mancata emissione ricevuta fiscale - entità - sproporzione rispetto alla gravità del fatto - riduzione - sussistenza.

La sanzione irrogata dall'Ufficio per la riscontrata violazione dell'emissione di ricevute fiscali deve essere ridotta alla metà del minimo editale, in applicazione dell'art. 7, c. 4, d.lgs. n. 472/97, qualora sussistano eccezionali circostanze che la rendano sproporzionata rispetto alla gravità del fatto commesso (nella specie, l'Ufficio aveva irrogato la sanzione di € 1.032,00 ad un contribuente, venditore ambulante, che non svolgeva l'attività con modalità "itinerante" cioè su più piazze mercatali - che, come tale, gli avrebbe consentito di rilasciare semplicemente uno scontrino "manuale" - bensì la esercitava su di un'area di posteggio "fissa" dietro licenza comunale - essendo, come tale, tenuto invece a dotarsi di misuratore fiscale. La Commissione, valutando la complessità della normativa, la buona fede del contribuente e l'assenza di precedenti, ha ridotto la misura della sanzione irrogata in quanto ritenuta sproporzionata).

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. II, 3 maggio 2011, n. 102 - Pres. Schito - Rel. Caputo - M.F. (Avv. Bosco) c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Savona ed Equitalia Esatri S.p.A.

SANZIONI - iscrizione a ruolo a carico del socio liquidatore - responsabilità per l'imposta dovuta dalla società - previa notifica di atto di accertamento - necessità - estensione della responsabilità anche per le sanzioni - esclusione.

Ai sensi dell'art. 36 del d.p.r. n. 602/1973 la responsabilità degli amministratori, dei liquidatori e dei soci delle società aventi per-

sonalità giuridica riguarda solamente le imposte dovute da quest'ultime e deve essere accertata (ai sensi del comma 5 dell'art. 36 cit.) con specifico atto motivato e regolarmente notificato. Inoltre, l'art. 36 cit. limita la responsabilità degli amministratori, liquidatori e soci alle sole imposte e non anche alle sanzioni, non essendo consentita una sua interpretazione estensiva, tanto più che ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 472/97 e dell'art. 7 del d.l. n. 269/2003 le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XI, 18 marzo 2011, n. 25 - Pres. Spirito - Rel. Locci - San Rocco S.r.l. (Mangiante G. A.) c. Agenzia delle Entrate Ufficio Controlli Genova.

PROCESSO TRIBUTARIO - imposta regionale, ipotecaria e catastale - accertamento con adesione - atti richiamati nell'accertamento - mancata allegazione - vizio di motivazione - sussiste.

Nel corso del contraddittorio in sede di concordato con adesione, è onere dell'Amministrazione finanziaria porre il contribuente nella condizione di ottenere tutti gli elementi necessari, allegando all'accertamento tutti gli atti che in esso vengano richiamati, a nulla rilevando che tali atti siano stati mostrati in sede di contraddittorio. Infatti, se la motivazione fa riferimento ad altri atti non conosciuti dal contribuente l'Ufficio deve, a pena di nullità, allegare l'atto richiamato.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. I, 2 marzo 2011, n. 59 - Pres. Panetta - Rel. Evangelisti - Carli M. (Avv. Dallara G.) c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale Ufficio La Spezia.

PROCESSO TRIBUTARIO - avvisi di accertamento regolarmente notificati - mancata impugnazione - definitività - rimessione in termini ex art. 184 bis c.p.c. - inapplicabilità.

La rimessione in termini, disciplinata dall'art. 184 bis del c.p.c., riguarda solo le decadenze in cui le parti sono incorse nell'attività processuale davanti al giudice istruttore, senza possibilità di estensione alle decadenze relative al giudizio d'impugnazione, il quale non consente al giudice alcun intervento in ordine al decorso dei termini.

C.N.

Commissione tributaria provinciale di Imperia, sez. III, 18 aprile 2011, n. 52, Pres. Bochicchio - Rel. Bonfiglio, Trucco B. (Trucco E.) c. Concessionario Equitalia Sestri S.p.a.

PROCESSO TRIBUTARIO - iscrizione a ruolo - notificazione atti ex art. 148 c.p.c. e 60 D.P.R. 600/73 - relata di notifica - elementi essenziali - assenza - notifica - inesistenza.

Dalla disamina degli articoli 60 DPR 600/73 e. 137 e seguenti del c.p.c., si evince tutta una serie di adempimenti che devono essere eseguiti dal notificante e la cui esecuzione deve necessaria-

mente risultare dalla relata di notifica per poterne verificare l'esatto adempimento; così dovrà risultare dalla stessa l'identità della persona a cui si è consegnato l'atto, e il luogo in cui è avvenuto e, cosa particolarmente importante, l'identità del notificatore. Ciò vale sia per la notifica a mani, sia per la notifica a mezzo posta come prescritto dall'art. 3 della legge n. 890/1982.

L'art. 26 non stabilisce affatto una speciale tipologia di notifica "semplificata" o "informale" addirittura priva di relata, bensì stabilisce soltanto la liceità del ricorso allo strumento del servizio postale, rinviando poi all'art. 60 del D.P.R. n. 600/73 l'individuazione delle norme procedurali applicabili. Ove non è possibile risalire dalla relata alla congruenza della notifica, (come nel caso in cui la relata sia lasciata in bianco), la notifica deve considerarsi inesistente e quindi non sanabile nemmeno dalla costituzione in giudizio del contribuente che ha agito in giudizio per eccepirne l'inesistenza. Pertanto, la mancanza dei dati richiesti dalla legge nella notifica, non può considerarsi una semplice irregolarità della stessa, ma ne determina la totale inesistenza e da ciò ne discende l'inefficacia di tutti gli atti ad essa collegata.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, sez. III, 5 maggio 2011, n. 55 - Pres. Spitali - Rel. Alberti - Bellone S. c. Agenzia delle Entrate Ufficio Controlli Imperia.

PROCESSO TRIBUTARIO - iscrizione a ruolo - applicazione da parte dell'Ufficio dell'art. 15 c. 1 DPR. 602/73 - violazione dell'art. 10 L.212/2000 e dell'art. 68 D.Lgs. 546/1992 - non sussiste.

È corretto, alla luce dell'art. 10 L. 212/2000, l'operato dell'Ufficio che ha effettuato l'iscrizione a ruolo ai sensi dell'art. 15, c. 1, DPR. 602/73, mentre l'art. 68 D.Lgs. 546/92, dispone per il comportamento da tenere dopo le sentenze delle Commissioni Tributarie - ossia in merito all'esecuzione di queste ultime - e l'art. 19 D.Lgs. 47/97 dispone in materia di sanzioni, senza però toccare il disposto dell'art. 15 c. 1.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, sez. I, 31 gennaio 2011, n. 23 - Pres. Sanzo - Relat. Majmone - Parrocchia Santi Pietro e Paolo (Dott.ssa Luzzi C.) c. Comune di Bordighera.

PROCESSO TRIBUTARIO - firma illeggibile apposta all'avviso di ricevimento - disconoscimento - prova della rituale notifica - a carico dell'organo che ha emesso l'atto.

In caso di disconoscimento, ad opera del contribuente, della firma - illeggibile - apposta sull'avviso di ricevimento da persona volenterosa all'evidenza, rinvenuta all'esterno del luogo di destinazione dell'atto, la quale ha poi depositato l'avviso nella cassetta delle lettere, incombe a controparte l'onere di provare la rituale notifica di quegli avvisi di accertamento emessi e posti in esecuzione, individuando il postino - ed attraverso lui il ricevente - al fine di accertare e documentare le concrete modalità delle consegne.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, Sez. III, 16 maggio 2011, n. 60 - Pres. Gatti - Rel. Ghigliazza - M. G. c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale di Savona.

PROCESSO TRIBUTARIO - istanza di rimborso - mancata allegazione documentazione decisiva all'atto della presentazione dell'istanza - diniego di rimborso - ricorso - sussistenza del credito del contribuente - Spese di giudizio - compensazione

La mancata produzione da parte del contribuente, in sede di istanza di rimborso, della documentazione necessaria a fondare l'esistenza del proprio credito, comporta che nel successivo giudizio (formatosi a seguito dell'impugnazione del diniego di rimborso) nel quale il contribuente produca tale documentazione e sia conseguentemente accertata la sussistenza del suo diritto al rimborso, le spese di giudizio siano compensate.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. X, 23 giugno 2011, n. 244 - Pres. Mignone - Rel. Mazza - R. S.r.l. c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Genova.

PROCESSO TRIBUTARIO - sanzioni per "lavoro nero" - giurisdizione - giudice ordinario - sussistenza

Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in relazione alle controversie sulla legittimità dell'irrogazione delle sanzioni per "lavoro nero", in conformità a quanto stabilito dalla Corte Costituzionale con la sent. n. 130/2008.

AN.GI.

Diritto Penale

Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 13 dicembre 2011 – Giudice Baldini.

DELITTI contro la persona – tentato omicidio – elemento psicologico – zona del corpo colpita – mezzo usato – violenta reiterazione dei colpi – tenore delle frasi urlate – dolo di omicidio – elemento oggettivo – idoneità e direzione non equivoca degli atti – modalità con cui sono stati inferti i colpi – regione corporea attinta – efficienza lesiva intrinseca del mezzo adoperato.

(Artt. 56 e 575 c.p.)

CIRCOSTANZE del reato – circostanza aggravante dell'aver agito per motivi futili – stimolo esterno lieve, banale e sproporzionato rispetto alla gravità del reato – insufficienza a provocare l'azione delittuosa – sussistenza.

(Art. 61 n. 1, c.p.)

CIRCOSTANZE del reato – circostanza aggravante dell'aver adoperato sevizie e agito con crudeltà – condotta non connotata dall'inflizione di sofferenze che esulavano dal normale processo di causazione dell'evento – insussistenza.

(Art. 61 n. 4, c.p.)

IMPUTABILITA' – seminfermità mentale – aggravante del motivo abietto o futile – compatibilità – aspetto della capacità di intendere e di volere – imputabilità – seminfermità mentale – dolo – abnormità del movente – aggravante del motivo abietto o futile.

(Artt. 61 n. 1, 89 c.p.)

Deve ritenersi sussistente il delitto di tentato omicidio laddove dal punto di vista soggettivo sia ravvisabile il dolo di omicidio; nel caso di specie per la zona del corpo colpita (con lesione di organi vitali), il mezzo usato (nella specie, un grosso forchettoni da cucina), la violenta reiterazione dei colpi, il tenore delle frasi urlate dal prevenuto ed udite da più testimoni, emerge come sottesa all'azione vi fosse una evidente volontà di uccidere. Nel contempo, da un punto di vista oggettivo, considerate le modalità con cui sono stati inferti i colpi, la regione corporea attinta e l'efficienza lesiva intrinseca del mezzo adoperato, è incontestabile che l'evento morte della persona offesa non si sia verificato esclusivamente grazie al tempestivo trattamento chirurgico cui la medesima venne sottoposta.

Nel caso in cui la causa scatenante il delitto sia la fortissima gelosia nei confronti della compagna (esacerbata dall'abuso di alcolici), sussiste l'aggravante dell'aver agito per motivi futili di cui all'art. 61 n. 1 c.p., circostanza che per l'appunto sussiste allorché la determinazione criminosa sia stata causata da uno stimolo esterno così lieve, banale e sproporzionato rispetto alla gravità del reato, da apparire, secondo il comune modo di sentire, assolutamente insufficiente a provocare l'azione delittuosa, tanto da potersi considerare, più che una causa determinante l'evento, un mero pretesto per lo sfogo di un impulso criminale.

Non è ravvisabile l'aggravante dell'aver adoperato sevizie e agito con crudeltà, quando la pur cruenta condotta lesiva posta in es-

sere dal giudicabile nei confronti della persona offesa non sia stata connotata dall'inflizione di sofferenze che esulavano dal normale processo di causazione dell'evento.

Va riconosciuta la circostanza attenuante della seminfermità mentale, circostanza che, secondo l'autorevole orientamento della giurisprudenza di legittimità, è compatibile con l'aggravante del motivo abietto o futile: la prima (la seminfermità) è infatti aspetto della capacità di intendere e di volere, ossia della imputabilità, la quale è a sua volta uno status in base al quale l'autore di un fatto costituente reato è ritenuto responsabile dei suoi atti e quindi soggetto di diritto penale; la seconda si riferisce invece al dolo, che viene qualificato più intensamente nel caso di abnormità del movente. In altre parole il seminfermo di mente è pertanto capace di nutrire un dolo d'intensità o di grado pari a quello del sano di mente, nonché di valutare l'eventuale abnormità o futilità del movente.

PA.PITT.

(... Omissis...)

Motivazione

A seguito di emissione del decreto di giudizio immediato in ordine ai reati di cui all'imputazione, a lui ascritti nel procedimento penale n. 11876/10 R.G.N.R., il difensore dell'imputato, all'uopo munito di procura speciale, formulava istanza di giudizio abbreviato condizionato all'effettuazione di perizia psichiatrica volta accertare la capacità di intendere e di volere del prevenuto al momento dei fatti.

Il sottoscritto, ritenendo l'integrazione probatoria richiesta rilevante ai fini del decidere e non in contrasto con le finalità di economia processuale tipiche del rito, ammetteva G.P.W. al rito abbreviato così come condizionato, incaricando per l'espletamento di perizia psichiatrica il dott. G.R.. All'udienza del 9.5.2011 – previa costituzione di parte civile ad opera di O.B. in proprio e quale madre esercente la potestà genitoriale sulla minore G.V. – veniva dunque conferito l'incarico peritale.

Depositata la relazione di perizia nei termini concessi, alla successiva udienza del 20.9.2011 il dr.R. illustrava le proprie conclusioni e veniva revocata la costituzione di parte civile.

Indi, all'udienza del 21 ottobre scorso, il prevenuto rilasciava brevi spontanee dichiarazioni ed il sottoscritto giudicante, udite le conclusioni delle parti, all'esito della camera di consiglio, emetteva sentenza, dando lettura del dispositivo e riservando nel termine di sessanta giorni il deposito dei motivi.

Questa, in sintesi, la ricostruzione della vicenda che ha originato il presente procedimento penale.

Come si evince dal verbale di arresto del giudicabile – operato alle ore 02.15 circa del 12 settembre 2010 – e dagli atti al medesimo allegati(1):

alle 02.10 circa del 12 settembre 2010 la centrale operativa della Questura di Genova inviava una pattuglia nella locale Via T., laddove era stato segnalato il ferimento con arma da taglio di una bambina in tenera età;

all'arrivo della volante presso la rotonda che unisce Via T. a Via M., vi era già un'ambulanza con i sistemi di illuminazione accesi: in siffatto contesto, mentre l'auto di servizio si avvicinava lentamente, si materializzava un uomo a torso nudo il quale – raggiunto il mezzo – lo oltrepassava, bal-

zando dapprima sul cofano (danneggiandolo) e poi sul tetto del medesimo, dandosi alla fuga verso una vicina scalinata; gli agenti si ponevano dunque all'inseguimento del predetto individuo a piedi, riuscendo infine a raggiungerlo: costui – successivamente identificato nell'odierno imputato G.P.W. – cercava in tale frangente di colpire gli operanti con calci e pugni, proferendo al loro indirizzo frasi del tipo: *“lasciatemi andare o vi ammazzo come quella bastarda”*;

i poliziotti venivano quindi raggiunti dal medico del “118” il quale riferiva loro come l'arrestato poco prima gli avesse letteralmente lanciato (attraverso il finestrino aperto dell'autoambulanza) una bambina che teneva tra le braccia, bambina che presentava una ferita lacero contusa sull'addome, con parziale fuoriuscita di intestino, oltre a numerose ferite da taglio su varie parti del corpo;

la piccola veniva immediatamente trasportata all'ospedale pediatrico Giannina Gaslini di Genova: il referto stilato presso il Pronto Soccorso del predetto ospedale a nome di G.V., attestava come la piccola, al suo ingresso (alle ore 02.48) cosciente e reattiva, presentasse *“ferite multiple da taglio al volto, torace, addome e arti inferiori”*, con *“fuoriuscita di omento”* dalla ferita addominale; paziente vigile, senza segni apparenti di altre lesioni;

la bimba veniva ivi dapprima ricoverata con prognosi di gg. 20 salvo complicazioni; indi, a seguito di intervento chirurgico cui la medesima era sottoposta d'urgenza, veniva tuttavia stilata una prognosi riservata, in quanto, oltre ad essere stati lesionati il fegato, la milza ed il diaframma, vi era una sospetta lesione vascolare(2);

nell'immediatezza del fatto veniva dunque effettuata una perquisizione dell'abitazione del prevenuto, sita nella citata Via T., all'interno 9 del civ. n.º 21; l'appartamento si presentava in stato di diffuso disordine, con coltelli di varie dimensioni sparsi per terra ed un cellulare spezzato in quattro parti abbandonato sul pavimento; in una stanza adibita a camera da bambino erano presenti residui di cibo di colore verde verosimilmente rimessi, nonché numerose tracce ematiche;

ivi gli operanti sottoponevano a sequestro un forchettone a doppia punta da cucina con punte spezzate, avente manico di cm 13 e la parte di metallo di cm 19, e di un secondo forchettone a doppie punte da cucina, di identiche dimensioni; nel corso di un secondo sopralluogo effettuato all'interno dell'appartamento in questione la mattina del giorno seguente venivano inoltre sottoposti a sequestro un coltello marca Kaimano Inox con manico marrone e lama seghettata della lunghezza di cm. 21 (rinvenuto sul pavimento del corridoio dell'appartamento, sul lato destro rispetto all'entrata), un coltello marca Marob, con lama seghettata della lunghezza di 12,50 cm. (rinvenuto sul pavimento del bagno), una corda della lunghezza di m. 3,34 (rinvenuta avvolta ad una sbarra di ferro murata al di sopra della porta di ingresso del vano cucina), un telefono cellulare Motorola rotto in quattro pezzi, trovato sul pavimento della cucina.

A pochissime ore di distanza dall'arresto (allorchè si trovava ancora presso gli uffici della Questura) l'odierno imputato rendeva alla P.G. spontanee dichiarazioni(3) nel contesto delle quali ammetteva di avere consumato la sera precedente presso il circolo Amici di Via T.(4) *“parecchi bicchieri di tequila”* e di avere fumato una *“canna”*, sentendosi per tale motivo *“sicuramente alticcio”*; asseriva di essersi allontanato dal circolo per rincasare verso mezzanotte, in quanto V. era stanca ed egli era *“abbastanza provato”*; af-

fermava di avere avuto, una volta a casa, *“un forte momento di sconforto”*, per il quale aveva lanciato il suo telefono cellulare contro la parete, spaccandolo; dichiarava di avere dunque legato con un nodo una corda bianca ad una sbarra(5) situata davanti alla porta della cucina, deciso a *“farla finita insieme a sua figlia”*; riferiva di *“avere preso un forchettone per la carne e di avere colpito la sua bambina”*, pur *“non ricordando quante volte”*; soggiungeva dunque che, non appena si era accorto di quanto avesse fatto, aveva preso in braccio V. chiedendo aiuto; asseriva tuttavia che, per quanto avesse sferrato forti calci alle porte dei vicini, nessuno gli aveva aperto; narrava di essere quindi sceso in strada con la bambina in braccio, e di avere fermato un'autovettura, i cui occupanti non avevano tuttavia capito; concludeva raccontando che – disperato e con la bambina in braccio – si era seduto in mezzo alla strada, fino all'arrivo di un'ambulanza e, quindi, di una volante della polizia; precisava infine di *“non ricordare bene perché fosse sconvolto”*.

Nel corso di quella stessa nottata, presso il P. S. dell'Ospedale San Martino (vedasi il certificato rilasciato alle ore 05.23), venivano refertate all'ag. di P.S. F.M. le lesioni riportate in occasione della colluttazione con il prevenuto (trauma discorsivo-contusivo spalla destra, gomito e mano destra e trauma distorsivo colonna cervicale, con prognosi di gg. 7, sc).

Sempre nelle ore immediatamente a ridosso del gravissimo episodio, venivano dunque raccolte dagli operanti le preziose deposizioni di alcuni sommarî informatori.

G.D.(6), abitante nell'appartamento 11 del civ. n.º 21 della Via T., ricordava di avere udito verso le ore 02.00 di quella notte il pianto di una bambina e, quindi, le grida di un uomo, probabilmente straniero, di cui riusciva a distinguere l'invocazione: *“Mio Dio, che cosa ho fatto!”*; di essersi spaventato e di avere dunque guardato dallo spioncino della propria porta di ingresso, in tal modo notando un uomo a torso nudo che entrava ed usciva dalla porta dell'appartamento n. 9 *“in preda al panico”*; subito dopo – rientrato l'uomo nell'appartamento – di avere dunque un tonfo, dopodiché il pianto della bambina era cessato; trascorsi pochi istanti, di avere dunque visto lo stesso uomo uscire dall'appartamento con in braccio una bambina, che sembrava inanimata, e scendere le scale di corsa; affacciatosi ad una finestra, di avere osservato l'individuo per strada che chiedeva aiuto; di avere a quel punto telefonato al “118”.

O.C.(7) riferiva come – allorchè, intorno alle ore 02.00, stava percorrendo Via T. in compagnia di un'amica per rincasare – avesse notato un uomo, con una bambina di circa tre anni in braccio, che urlava a squarciagola; che d'improvviso tale individuo aveva cominciato a *“tirare la bimba su e giù, come se fosse un sacco di patate”*, mettendosi subito dopo a correre per Via T., sempre con la piccola in braccio, transitando vicino alle due giovani; che, allorquando l'uomo le era passato vicino, ella lo aveva potuto udire distintamente rivolgersi alla bambina dicendole: *“ti stanno uscendo fuori le budella, stasera morirai”*; che, proseguendo la discesa, tale individuo aveva dunque tirato un calcio ad una motocicletta posteggiata, facendola cadere, ed altri calci alle autovetture in sosta, contemporaneamente urlando e bestemmiando; che ad un certo punto il medesimo si era rivolto alla bambina dicendole: *“Scusa amore”*.

T.P.(8), inquilina dell'interno 2A del caseggiato di Via T. n.º 20 A (ubicato vicino a quello dell'imputato), dichiarava di essere stata risvegliata, intorno alle ore 02.00 di quella notte, da rumori provenienti dalla strada, come di colpi inferti ad

autovetture in sosta; di essere pertanto uscita nel giardino e di avere ivi appreso dalle figlie di una sua vicina che un uomo stava scendendo lungo Via T. maltrattando una bambina; di avere a quel punto udito la voce di un uomo che gridava: “io ti ho fatto e io ti ammazzo!”.

O.B.(9), madre della piccola V. e compagna del giudicabile, riferiva più in dettaglio quanto segue:

di essersi il pomeriggio del giorno precedente recata al lavoro presso il ristorante M. di via S.S. (ove svolgeva mansioni di lavapiatti e di addetta alle pulizie, solitamente con orario dalle 15 alle 22, orario quella sera protratto sino alle ore 02.00 in occasione dei festeggiamenti della cd. “notte bianca”), lasciando – come di consueto – V. con il padre;

che, verso le ore 15.30, aveva avvisato telefonicamente il compagno che sarebbe arrivata nell’appartamento l’altra sua figlia quindicenne, tale B.A.: nell’occasione l’uomo le era parso tranquillo;

che, verso le ore 01.00, il compagno le aveva telefonato comunicandole la propria intenzione di uscire con la bambina e raggiungerla: di avere in tale frangente compreso “dal suo tono che era ubriaco”, e di avergli pertanto risposto che era troppo tardi e che non era il caso di far uscire la figlia a quell’ora;

che l’uomo le aveva dunque passato al telefono V. perché la salutasse, “chiudendo bruscamente la telefonata”;

che ai successivi tentativi di richiamare il cellulare del prevenuto il telefono era sempre risultato spento;

di essersi quella sera trattenuta al lavoro sino alle ore 02.00, incontrandosi fuori dal locale con il primo marito, B.C., e la loro figlia A., che doveva trascorrere il week end con lei, presso la sua abitazione di Via T.;

che, pochi minuti dopo, verso le ore 02.20, era stata avvisata dagli agenti della Questura che V. si trovava al P.S. dell’Ospedale Gaslini perché era stata ferita;

di convivere da sei anni con il G. e che ogni tanto lo stesso “beve qualche bicchiere di alcool”, “ma non aveva mai mostrato segni di violenza nei confronti della bambina”;

che la loro relazione era sempre stata piuttosto burrascosa ed altalenante, a causa della “gelosia ossessiva” dell’uomo nei suoi confronti;

che, in quanto “entrambi legati alla (loro) bambina”, avevano deciso di risolvere i conflitti ricorrendo all’aiuto della dott.ssa B., terapeuta presso il centro per le coppie in difficoltà CTS di Via I.A., centro che frequentavano dal giugno precedente (contemporaneamente ciascuno di loro seguiva “dei percorsi individuali di psicoterapia presso il medesimo centro”): in tal modo i loro rapporti di coppia erano migliorati, tanto che avevano trascorso un breve periodo di ferie insieme, dopo avere lasciato la bambina dai nonni;

che qualche giorno prima il prevenuto le aveva “confidato che non avrebbe sopportato di essere lasciato da lei e che, in tale evenienza, si sarebbe buttato dal balcone portando con sé V.”;

di non avere tuttavia dato peso a quell’affermazione, pur sapendo che il compagno aveva avuto grandi sofferenze legate alla sua infanzia (motivo per il quale ella aveva insistito perché si facesse seguire da uno psicologo, cosa che costui stava facendo).

Q.G., fratello di O.B. ripercorreva nei seguenti termini le ore precedenti il fatto(10):

di avere cenato con il G., V., la sua convivente L.S. ed il loro figlio Al. di otto anni nell’appartamento di Via T.;

che prima di cena entrambi avevano bevuto una birra al circolo e, mangiando, avevano bevuto del vino;

che, pur essendo la serata trascorsa tranquillamente, il G. gli

era parso “scosso”: al riguardo costui gli aveva spontaneamente riferito che la notte precedente non aveva dormito perché la sua compagna era stata male, forse perché ubriaca, e che “questa cosa lo aveva fatto stare male”;

che verso le ore 21.30, una volta terminata la cena, si erano nuovamente recati (tutti insieme) al circolo culturale “Amici di T.”, dove egli aveva notato che il G. chiedeva con insistenza ai suoi conoscenti se poteva offrire loro da bere (secondo la rievocazione del fratello della O., l’imputato aveva consumato un caffè corretto con brandy stravecchio e quindi birra e tequila, in quantità da lui giudicate eccessive, vista la presenza di una bambina piccola);

di essersi allontanato dal circolo per rincasare, con il figlio, verso le ore 22.10;

che, secondo il suo ricordo, nonostante avesse bevuto, il G. “aveva tenuto un comportamento adeguato”.

Il teste descriveva comunque l’imputato come una “persona gelosa, sempre sospettosa sul comportamento posto in essere dalla sua compagna, che (secondo quanto riferitogli dal prevenuto) alcune volte tornava a casa tardi dal lavoro e visibilmente ubriaca”; ammetteva inoltre che in passato la sorella aveva avuto problemi di droga e che in quel periodo gli era stata tolta la prima figlia.

L.S., compagna del Q., confermava(11) quanto da quest’ultimo riferito ricordando come il G., pur avendo bevuto due bicchieri di vino durante la cena e della birra all’interno del circolo (per quanto da lei percepito), non aveva dato segni di ubriachezza durante la permanenza nel locale;

B.C. (madre del citato G.D.) dichiarava(12) di essere stata svegliata, intorno alle ore 02.00 della notte precedente, da forti colpi provenienti da uno degli appartamenti ubicati sul piano e da un pianto di bambina, soggiungendo di avere udito una voce di uomo gridare: “vieni qua... vieni qua!”; di avere visto in seguito un individuo che teneva in braccio una bambina in posizione innaturale.

A.S. e F.G., dimoranti all’interno 10 del civ. n° 21 della Via T., riferivano(13) anch’essi di avere udito, intorno all’una della notte precedente, sbattere due o tre volte la porta dell’interno 9, sentendo altresì l’inquilino di tale appartamento sbraitare, seguito pochi secondi dopo dal forte pianto di una bambina, pianto che si interrompeva dopo circa 20 secondi allorché l’uomo usciva dall’abitazione e scendeva le scale del palazzo; di essersi dunque affacciati ad una delle finestre notando il vicino di casa in strada che teneva la bambina in braccio in posizione innaturale;

D.S.S., abitante nell’appartamento sottostante a quello del G., dichiarava(14) di avere udito, intorno alle due della notte precedente, un forte colpo proveniente dall’abitazione soprastante, subito dopo seguito da un secondo colpo accompagnato dal rumore di passi che si spostavano verso altri vani della casa; riferiva dunque di avere sentito la bambina piangere in modo convulso e gridare, percependo altresì il rumore della porta di ingresso che sbatteva con violenza; dichiarava di essersi quel punto avvicinato allo spioncino della propria porta di casa vedendo la bambina che correva lungo il ballatoio del piano dirigendosi verso il portone (in tale frangente la moglie, impaurita, gli aveva impedito di aprire la porta), udendo quindi la voce di un uomo che gridava “dove cazzo vai? ...adesso basta”; soggiungeva di avere intuito, sulla base dei rumori provenienti dalle scale, che l’uomo aveva raggiunto la bambina e la stava riportando in casa.

P.G. e R.C., gestori del circolo ricreativo “Amici di Via T.” (aperto circa venti giorni prima dei fatti) riferivano di conoscere il G. quale abituale frequentatore del locale, unita-

mente alla figlia V.; asserivano che costui appariva “un padre modello, premuroso ed attento” e ricordavano come, la sera dell’11.9.2010, costui – seppure avesse bevuto una o più birre ed almeno due bicchierini di tequila – non barcollava ed era lucido e tranquillo; aggiungevano che aveva lasciato il locale, con la figlia, verso le ore 23.30.

Sulla base del pesantissimo quadro indiziario delineatosi a suo carico, G.P.W. veniva dunque tratto in arresto con l’accusa di tentato omicidio.

In occasione dell’interrogatorio di convalida reso in data 16.9.2011 innanzi al G.I.P. il prevenuto esordiva con una sostanziale confessione asserendo testualmente “vorrei dire che nonostante tutto io mi rendo conto che se dalla mia mano è stato fatto un gesto per mia figlia questa mano dovrebbe essere tolta, la peggior cosa che un padre può far la figlia è farle del male; sono consapevole di quello che ho fatto ma non so perché in quanto ero fuori di testa”.

Nel prosieguo delle corpose dichiarazioni rese al giudice il prevenuto (seppure in maniera piuttosto confusa) ammetteva di avere – nel corso del pomeriggio e della sera prima del fatto – bevuto smodatamente (menzionava quattro tequile, alcune birre, oltre al vino bevuto a cena) e di essersi anche fumato una “canna” fuori dal circolo, poco prima di rientrare a casa, asserendo inoltre di essere consapevole del fatto che, allorché egli beveva, era solito “fare del male” o “fare dei danni”; dichiarava di non ricordare assolutamente né la telefonata con cui la compagna nel pomeriggio lo aveva avvisato dell’arrivo della figlia A., né quella dell’una di notte in cui egli l’aveva a propria volta chiamata manifestando l’intenzione di raggiungerla; asseriva di non sapere il motivo per cui avesse riferito alla PG di aver preso un forchettoni per la carne, soggiungendo di non ricordare come fossero andate le cose; affermava tuttavia di ricordare di aver visto del liquido verde fuoriuscire dall’addome della bambina avendo in tale frangente – “come in un flash” – percezione della gravità della situazione, realizzando subito di doverla aiutare e prendendola in braccio; non escludeva di aver detto che avrebbe fatto del male alla bambina; riferiva di essere uscito sul pianerottolo e di aver dato dei calci a una porta per ottenere aiuto, indi di essere sceso in strada chiedendo vanamente soccorso agli occupanti di un’autovettura, circostanza che aveva fatto montare in lui la rabbia; riferiva in modo confuso di avere tentato di fermare altre macchine e di essersi seduto in mezzo alla strada, di non ricordare tuttavia a chi avesse lasciato la bambina (se ad un passante, o ad un medico dell’ambulanza).

Il giudicabile si soffermava dunque sulle problematiche della convivenza con la propria compagna (legate alla propria gelosia e propensione all’uso di bevande alcoliche, nonché alla condizione di tossicodipendenza della donna) riferendo di aver intrapreso con costei una terapia di coppia; negava di avere mai minacciato di fare del male la bambina; concludeva affermando di essere sicuro di essere stato lui a colpire la figlia, pur non ricordandone le modalità (“come se avessi chiuso gli occhi per non vedere niente”).

Il quadro probatorio si arricchiva dunque delle dichiarazioni rese a s.i.t. alla P.G.(15) dai tre militi componenti l’equipaggio dell’autoambulanza sopraggiunta sul luogo del fatto: costoro riferivano in particolare come ivi avessero trovato un uomo inginocchiato a terra, al centro della strada, con una bambina in braccio; che tale individuo, dopo avere urlato qualcosa, si era avvicinato al mezzo (letteralmente) lanciando la bambina attraverso il finestrino in braccio all’autista, subito dopo dando in escandescenza rivolgendosi

loro con fare concitato frasi del tipo: “muoviti...l’ho accoltellata... sta morendo ... bastardo ... muoviti ... sta morendo”, “salvate la mia bambina ... sta morendo”, “l’ho accoltellata ... salvatela”.

Circa le condizioni in cui versava la piccola V. nell’immediatezza dei soccorsi alla medesima prestati, assai significative appaiono le dichiarazioni rese a s.i.t. dal dr. F.A. (medico del servizio “118” intervenuto sul luogo del delitto) e, soprattutto, dal dr. F.F. (medico chirurgo in servizio al Pronto Soccorso dell’ospedale Gaslini di Genova).

Il primo(16) ha riferito che “la bambina aveva una parziale eviscerazione dell’addome sul quadrante superiore destro ... due ferite da punta sul torace che però non compromettevano la respirazione e... una ferita da punta sulla base toracica di destra e ... tre ferite da taglio su un braccio”.

Il secondo(17) descriveva nei seguenti termini le condizioni in cui la vittima versava al momento dell’accesso al pronto soccorso: “... la piccola V. si presentava in stato di shock, con numerose ferite da taglio estese al volto, fino agli arti inferiori. In particolare da una delle ferite addominali si notava la fuoriuscita di omento, ovvero di tessuto lasso adiposo peritoneale. Al momento dell’ingresso in pronto le ferite non erano sanguinanti e non si notavano emorragie rilevanti ... V. era cosciente, ma non profferiva alcuna parola, reagiva agli stimoli esterni, senza comunque rispondere a nessuna domanda. Venivano immediatamente chiamati i medici rianimatori... Quindi la paziente veniva stabilizzata e trasferita immediatamente in radiologia per eseguire Tac, in seguito alla quale veniva portata immediatamente in sala operatoria, dove veniva sottoposta ad intervento chirurgico... Nel corso di detto intervento venivano riparate le lacerazioni a carico della milza, del diaframma e del fegato. Le lesioni a questi organi erano abbastanza importanti, ma è stata sufficiente la inoculazione di colla biologica per arrestare i sanguinamenti. Veniva inoltre suturata la parete gastrica, che presentava una piccola lacerazione. Si provvedeva all’esplorazione del retroperitoneo, infarcito da abbondante raccolta ematica, ove comunque non si evidenziavano lesioni vascolari; pertanto si eseguiva unicamente il drenaggio dell’ematoma e della cavità addominale... Alcune delle numerose ferite hanno colpito in maniera fortunatamente non letale organi importanti come il fegato e la milza, mentre la ferita che ha perforato il diaframma avrebbe potuto essere mortale perché a pochi millimetri del muscolo cardiaco”.

Con particolare riguardo all’epoca ed alle cause delle predette lesioni, nonché alla potenzialità lesiva ed alla idoneità a cagionare la morte della giovanissima persona offesa, veniva in fase di indagini conferito apposito incarico peritale con le forme dell’incidente probatorio.

Nella relazione di perizia depositata in data 10.12.2010 il dr. M.S. argomentava nei seguenti termini:

“... Tali ferite (quelle refertate al momento dell’accesso al P.S., n.d.r.), per conformazione, posizione reciproca e dimensioni sono del tutto coerenti con l’azione lesiva di un forchettoni da cucina, come quelli reperiti nell’abitazione. I due forchettoni sequestrati hanno caratteristiche morfologiche del tutto analoghe. La perizianda presenta infatti tre gruppi di lesioni, ognuno composto da due ferite, che riproducono morfologicamente le punte del forchettoni: al cavo ascellare dx, alla regione ante cubitale dell’arto superiore dx ed all’addome. Tale utensile, per sua conformazione, esplica una azione lesiva riconducibile ad un’arma da punta e taglio. Anche le ferite presenti al mento, alla regione laterale destra del torace, alla superficie dorsale dell’avambraccio destro ed alla regione periombelica dx, sono riconducibili all’azione lesiva di tale utensile che, in questo caso, attinge però il soggetto con una sola delle punte, o perché la regione corporea interessata con-

sente di evitare l'azione lesiva della seconda punta (mento, braccio) o perché il colpo non giunge del tutto perpendicolarmente sulla superficie corporea (torace, addome)... La ricostruzione dei fatti così come emerge dal fascicolo di causa è coerente con le lesioni riscontrate e con la documentazione clinica esaminata. Sulla base di quanto acquisito, si può quindi affermare che le lesioni sofferte da G.V. siano di natura incisa, secondarie ad un'aggressione posta in essere con forchettoni da cucina. Le 10 ferite riscontrate sulla perizianda sono riconducibili a sette colpi inferti con tale utensile. Le ferite inferte al mento, al cavo ascellare destro, all'arto superiore destro ed all'emitorace destro hanno interessato solo i tessuti superficiali o non sono penetrate in cavità (ferita al torace). Le ferite all'arto superiore possono altresì essere ricondotte ad un tentativo di difesa della minore. Le ferite inferte all'addome sono penetrate in cavità ed hanno determinato plurime lesioni agli organi interni (fegato, milza, stomaco) oltre che al diaframma ed al mesentere. Dalle lesioni sofferte, si può altresì affermare che sia derivato uno stato di malattia biologica della durata, in termini cronologici, superiore a 20, ma inferiore a 40 giorni... Lo stato di malattia ha inoltre messo in pericolo la vita della paziente, come emerge chiaramente dalla documentazione clinica esaminata. Si sono, infatti, verificate alterazioni a carico dell'apparato cardiorespiratorio, di gravità tale da far ritenere come possibile ed imminente la morte del soggetto, se non fossero state attuate con tempestività le opportune terapie medico chirurgiche. (...) È quindi possibile sostenere che per le modalità con cui sono stati inferti i colpi (perpendicolari alla superficie corporea), per la regione corporea attinta (regione addominale epigastrica) e per l'efficienza lesiva intrinseca del mezzo adoperato potevano derivare lesioni mortali, inoltre, le lesioni derivanti dai colpi che hanno attinto la bambina all'addome hanno in concreto causato lesioni multiple agli organi interni con massiva emorragia endoaddominale, che avrebbe condizionato il decesso della paziente in tempi brevi se non fosse stata tempestivamente trattata chirurgicamente; il fatto che non si siano prodotte lesioni di maggiore gravità, ovvero l'exitus, non può quindi ragionevolmente imputarsi alla volontà dell'aggressore. Peraltro... il tempo intercorso tra la produzione delle ferite e l'accesso in ospedale ha impedito che si instaurassero delle condizioni cliniche di irreversibilità, segnata-mente per quanto concerne l'emorragia interna e lo stato di shock. Al momento dell'accesso in pronto soccorso la paziente è stata stabilizzata dal punto di vista emodinamico, il che ha consentito l'esecuzione di accertamenti strumentali prima di entrare in sala operatoria".

Sulla base degli elementi raccolti nel corso delle indagini preliminari, passandosi dunque alle valutazioni in merito alla penale responsabilità del giudicabile in ordine ai reati contestatigli, si osserva come debbano essere prese preliminarmente in esame le questioni concernenti l'imputabilità del medesimo.

Come sopra accennato, infatti, il rito abbreviato cui il G. ha ritenuto di accedere è stato dal medesimo condizionato all'effettuazione di perizia psichiatrica volta a verificare se ed in che misura egli fosse pienamente capace di intendere e di volere al momento del fatto e, in caso negativo, se costui sia da ritenersi soggetto socialmente pericoloso.

Al riguardo il perito nominato in sede di processo con il rito abbreviato(18) ha espresso il seguente giudizio:

"- Il signor G. era al momento dei fatti a causa di un deterioramento mentale in soggetto affetto da un disturbo borderline in uno stato di mente tale da diminuire grandemente, senza escludere, le capacità di intendere e di volere.

- Al momento attuale se sarà possibile un percorso terapeutico

presso una comunità decadrà una pericolosità sociale ancora presente al momento attuale.

- Può partecipare al processo perché è lucido e cosciente delle implicazioni legali presenti?".

Le predette conclusioni sono parse al sottoscritto giudicante pienamente condivisibili in quanto logiche, coerenti ed adeguatamente motivate, sia nel contesto dell'elaborato peritale, sia nel corso dell'esame cui il Dr.R. è stato sottoposto in contraddittorio con le parti. Più in dettaglio il perito, premesse alcune considerazioni di rilievo desunte dai dati clinici, anamnestici ed obiettivi, dalla documentazione giudiziaria esaminata, nonché dall'esame del Test di sussidio psicodiagnostico, ha espresso le seguenti considerazioni medico legali:

il prevenuto è persona affetta da un disturbo della personalità borderline(19) con un deterioramento mentale causato da una politossicofilia di particolare gravità che ha provocato un danno cognitivo;

costui, proveniente da una situazione ambientale particolarmente disagiata, ha sviluppato una personalità profondamente disturbata con un funzionamento borderline sin dall'adolescenza: tendenze autolesive, impulsività e, soprattutto, l'abuso grave di alcol ed anfetamine, sono state le principali manifestazioni psicopatologiche presenti, continuate anche dopo l'arrivo in Italia, anzi peggiorate dall'abuso di ecstasy, cocaina, eroina e, ancora una volta, di alcol;

le capacità del paziente sono progressivamente diminuite ed il test di Wais ha evidenziato un deterioramento mentale molto alto e significativo di un'iniziale quadro demenziale; il rapporto di coppia non ha stabilizzato la vita del paziente, ma ha al contrario apportato nuove ansie tra le quali una gelosia fortissima legata alla compagna (che egli pensava lo tradisse); la sera del fatto il prevenuto aveva bevuto ed era in stato di ebbrezza: era piombato in uno stato depressivo da cui si è sviluppato l'impulso di farla finita e poi di portare con sé nella morte la bambina ("non volevo che mi vedesse appeso"); solo dopo aver visto la ferita all'addome della figlioletta ha recuperato un barlume di lucidità e si è reso conto di ciò che era accaduto.

Sotto tale ultimo profilo particolarmente apprezzabili sono parse le considerazioni del perito laddove il medesimo ha precisato come – sul piano forense – occorra valutare lo stato mentale non al momento del fatto, in quanto il paziente era in stato di evidente ebbrezza alcolica e quindi molto confuso, ma quando ha iniziato a bere e, pertanto, quando egli ben poteva trattenersi dall'assumere alcolici in modo eccessivo e per lui pericoloso: in tal senso il perito ha ritenuto che a causa dell'angoscia suscitata dall'idea del tradimento della compagna il G. fosse solo parzialmente capace di autodeterminarsi, il che è stato fino a quando costei era stata presente; poi ha iniziato ad abusare di alcool, con ciò acuitizzando il deterioramento mentale evidenziato dai test che ovviamente abbassa in modo significativo la possibilità di autocontrollo.

Il dr.R. ha inoltre specificato come il prevenuto ben conoscesse i rischi del bere e l'effetto esplosivo che talvolta suscitava in lui l'alcol; ciò non di meno ha evidenziato come il deterioramento mentale riscontrato con i test mentali abbia ridotto grandemente la capacità di autodeterminarsi rispetto all'abuso di alcolici: per queste ragioni ha concluso nel senso che l'imputato presentava al momento dei fatti uno stato mentale in cui le capacità di intendere e di volere erano grandemente scemate.

In punto pericolosità sociale, come detto, il perito l'ha ritenuta

ancora presente, in ragione di un disturbo di personalità tuttora esistente e che necessita di un lungo percorso di cure (ipotizzando tuttavia un'attenuazione della medesima laddove sia possibile collocare il prevenuto in una comunità protetta).

Ciò premesso in punto imputabilità, osserva il sottoscritto come nessun dubbio sussista, innanzi tutto, in ordine alla ascrivibilità all'odierno imputato della condotta delittuosa in pregiudizio della piccola V..

Circa tempi e modi della violenta aggressione – valutati attentamente i copiosi elementi di prova raccolti a carico di G.P. – possono per l'appunto effettuarsi le seguenti considerazioni:

l'azione lesiva è stata posta in essere all'interno dell'abitazione del giudicabile di Via T., intorno alle ore 02.00 della notte del 12 settembre 2010, allorché (quasi) tutti i testi informati al riguardo(20) hanno riferito di avere udito tonfi ed urla (di un uomo) e (pressochè contestualmente) il disperato pianto di una bambina, provenienti dall'appartamento del prevenuto;

d'altro canto proprio a quell'ora, immediatamente dopo tali urla e trambusto, il G. venne visto uscire di corsa dalla sua abitazione con in braccio la figlioletta esanime (alcuni dei testimoni oculari hanno riferito che la bambina veniva trasportata quasi fosse un fagotto) e si imbatté dapprima in una passante(21) e, poi, negli equipaggi dell'autoambulanza e della volante della polizia nel frattempo allertati da qualcuno dei vicini allarmati da ciò che stava accadendo (nel verbale di arresto si dà atto che la polizia sopraggiunse in Via T. alle ore 02.10);

l'azione lesiva è stata materialmente posta in essere utilizzando (almeno) uno dei forchettoni da cucina sequestrati all'interno dell'abitazione del prevenuto: il che – oltre che da quanto da costui ammesso in occasione delle spontanee dichiarazioni alla P.G. nell'immediatezza del fatto (dichiarazioni peraltro sul punto non confermate nel corso dei successivi interrogatori) – risulta comprovato dagli accertamenti di carattere medico-legale esperiti in sede di incidente probatorio, allorché il perito ha dato atto della circostanza che le ferite riscontrate sul corpo della piccola V. al momento dell'accesso al pronto soccorso, “per conformazione, posizione reciproca e dimensioni”, sono risultate “del tutto coerenti con l'azione lesiva di un forchettone da cucina, come quelli reperiti nell'abitazione”, specificando come la bimba presentasse “tre gruppi di lesioni, ognuno composto da due ferite, riprodotte morfologicamente le punte del forchettone”;

con tale forchettone sono stati cagionati alla piccola vittima tre gruppi di lesioni, ognuno composto da due ferite: al cavo ascellare destro, alla regione ante cubitale dell'arto superiore destro ed all'addome;

le 10 ferite complessivamente riscontrate sulla bimba sono state ricondotte a (ben) sette colpi inferti con tale utensile: quelle inferte al mento, al cavo ascellare destro, all'arto superiore destro ed all'emitorace destro ebbero ad interessare solo i tessuti superficiali o non penetrarono in cavità (ferita al torace); quelle all'arto superiore sono state correlate ad un tentativo di difesa della minore; le ferite inferte all'addome penetrarono invece in cavità e determinarono plurime lesioni agli organi interni (fegato, milza, stomaco) oltre che al diaframma ed al mesenterio;

dalle lesioni sofferte – sempre secondo le puntuali valutazioni del perito – derivò uno stato di malattia biologica (della durata, in termini cronologici, superiore a 20, ma inferiore a 40 giorni) che mise in pericolo la vita della paziente: si verificarono infatti alterazioni a carico dell'apparato cardiorespira-

torio, di gravità tale da far ritenere come possibile ed imminente la morte del soggetto, se non fossero state attuate con tempestività le opportune terapie medico chirurgiche; al riguardo, si legge nella perizia del dr. S., “è possibile sostenere che per le modalità con cui sono stati inferti i colpi (perpendicolari alla superficie corporea), per la regione corporea attinta (regione addominale epigastrica) e per l'efficienza lesiva intrinseca del mezzo adoperato potevano derivare lesioni mortali; inoltre le lesioni derivanti dai colpi che hanno attinto la bambina all'addome hanno in concreto causato lesioni multiple agli organi interni con massiva emorragia endoaddominale, che avrebbe condizionato il decesso della paziente in tempi brevi se non fosse stata tempestivamente trattata chirurgicamente; ... il tempo intercorso tra la produzione delle ferite e l'accesso in ospedale ha impedito che si instaurassero delle condizioni cliniche di irreversibilità, segnatamente per quanto concerne l'emorragia interna e lo stato di shock”. Fatte queste brevi premesse in ordine alla sussistenza dell'elemento materiale e del nesso di causalità propri della fattispecie delittuosa contestata, occorre dunque valutare con attenzione l'elemento psicologico che sorresse la condotta, e ciò al fine di verificare se l'azione lesiva fosse o meno supportata dal necessario *animus necandi*.

Anche su questo punto ritiene il sottoscritto giudicante che la vasta mole di elementi di prova raccolti nel corso delle indagini sia idonea a ritenere che il G. abbia agito con dolo omicidiario.

Per quanto infatti attiene all'elemento psicologico sotteso alla condotta come sopra descritta ed al movente ad essa sotteso, si osserva:

per la zona del corpo colpita (con lesione di organi vitali), il mezzo usato (forchettone con doppia punta di metallo equiparabile ad un'arma da punta e taglio), la violenta reiterazione dei colpi, il tenore delle frasi urlate dal prevenuto ed udite da più testimoni (“io ti ho fatto e io ti ammazzo!”; “Ti stanno uscendo fuori le budella, stasera morirai”; “lasciatemi andare o vi ammazzo come quella bastarda”), ben può sostenersi che la condotta delittuosa fosse sorretta dal dolo di omicidio; causa scatenante di un simile irrefrenabile ed incontrollato stato d'ira fu, del tutto verosimilmente, la fortissima gelosia nei confronti della campagna che quella sera si era trattenuta al lavoro fino a tarda notte e che egli non aveva potuto raggiungere dovendo badare alla figlioletta;

in tale situazione – a causa dell'angoscia suscitata dall'idea del tradimento – l'abuso di alcolici, in una con con le acclamate sue condizioni di deterioramento mentale, fecero piombare il G. in uno stato depressivo da cui ebbe a svilupparsi l'impulso di farla finita e poi di portare con sé nella morte la bambina (“non volevo che mi vedesse appeso”);

Risulta poi incontestabile – premesse tutte le considerazioni sopra esposte quanto all'idoneità ed alla direzione non equivoca degli atti posti in essere dal prevenuto (per le modalità con cui sono stati inferti i colpi, per la regione corporea attinta e per l'efficienza lesiva intrinseca del mezzo adoperato) – che l'evento morte della piccola V. non si sia verificato esclusivamente grazie al tempestivo trattamento chirurgico cui la medesima venne sottoposta.

Sulla base delle sopra riportate considerazioni ritiene dunque il sottoscritto giudicante pienamente raggiunta la prova della pena responsabilità di G.P.W. in ordine al delitto di tentato omicidio ascrittogli.

Corretta risulta altresì la contestazione delle circostanze aggravanti dell'aver commesso il fatto contro la figlia e dell'aver agito per futili motivi.

A tale proposito la causa scatenata la terribile vicenda, se-

gnatamente la fortissima gelosia nei confronti della campagna (quella notte esacerbata dall'abuso di alcolici), ad avviso di questo giudicante integra l'aggravante dell'aver agito per motivi futili di cui all'art. 61 n°. 1 c.p., circostanza che, per l'appunto, sussiste allorché la determinazione criminosa sia stata causata da uno stimolo esterno così lieve, banale e sproporzionato, rispetto alla gravità del reato, da apparire, secondo il comune modo di sentire, assolutamente insufficiente a provocare l'azione delittuosa, tanto da potersi considerare, più che una causa determinante dell'evento, un mero pretesto per lo sfogo di un impulso criminale.

Non pare al contrario ravvisabile nel caso di specie l'ulteriore aggravante dell'aver adoperato sevizie ed agito con crudeltà: ritiene infatti il sottoscritto che la – pur cruenta – condotta lesiva posta in essere dal giudicabile nei confronti della figlioletta non sia stata connotata dall'inflizione di sofferenze che esulavano dal normale processo di causazione dell'evento.

Come sopra argomentato va peraltro riconosciuta al G. la circostanza attenuante della seminfermità mentale, circostanza che, secondo l'autorevole orientamento della giurisprudenza di legittimità, è compatibile con la citata aggravante del motivo abietto o futile: la prima (la seminfermità) è infatti aspetto della capacità di intendere e di volere, ossia della imputabilità, la quale è a sua volta uno status in base al quale l'autore di un fatto costituente reato è ritenuto responsabile dei suoi atti e quindi soggetto di diritto penale; la seconda si riferisce invece al dolo, che viene qualificato più intensamente nel caso di abnormità del movente. In altre parole il seminfermo di mente è pertanto capace di nutrire un dolo d'intensità o di grado pari a quello del sano di mente, nonché di valutare l'eventuale abnormità o futilità del movente.

Nessuna rilevanza risulta avere poi nel caso di specie lo stato di ebbrezza in cui il G. versava la notte del fatto (circostanza riferita da alcuni dei testimoni escussi nel corso delle indagini ed ammessa dallo stesso imputato): come statuito dall'art. 92 c.p., infatti, tale condizione, laddove non derivata da caso fortuito o forza maggiore, non esclude né diminuisce l'imputabilità.

Come risulta chiaramente dal verbale di arresto e dagli atti al medesimo allegati costui, G.P.W., la notte del fatto, al sopraggiungere della polizia, saltava sul cofano dell'auto di servizio degli operanti (danneggiandolo) e, immediatamente dopo, inseguito e raggiunto da costoro, dava inizio ad una violenta colluttazione con calci e pugni profferendo chiare minacce di morte e cagionando all'agente F.F. le lesioni (trauma discorsivo-contusivo spalla destra, gomito e mano destra e trauma distorsivo colonna cervicale, con prognosi di gg. 7, sc) successivamente refertate presso il P. S. dell'Ospedale San Martino (vedasi il certificato rilasciato alle ore 05.23).

L'insieme dei predetti elementi costituisce piena prova della penale responsabilità del G. anche in ordine agli ulteriori reati di resistenza a pubblico ufficiale, lesioni aggravate e danneggiamento.

I predetti reati, commessi nel medesimo contesto spazio temporale ed in stretta correlazione fra loro e con il ben più grave delitto di tentato omicidio, possono ritenersi tutti realizzati in esecuzione di una medesima risoluzione criminosa, con il che considerandoli dunque avvinti sotto il vincolo della continuazione: più grave tra essi deve obiettivamente ritenersi il delitto di tentato omicidio.

Passandosi dunque alle valutazioni in punto trattamento sanzionatorio, si osserva come la condizione del giudicabile di soggetto gravato da tre precedenti penali (oltre tutto piut-

tosto recenti) per violazione di domicilio, ricettazione e – da ultimo – lesioni personali e resistenza a pubblico ufficiale, rendano corretta la contestazione della recidiva reiterata, specifica ed infraquinquennale, risultando le predette e recenti condanne (l'ultima delle quali, oltre tutto, per reati della stessa indole di quelli per cui si procede) sintomatiche di una spiccata pericolosità sociale del prevenuto.

L'applicazione della recidiva importa poi le rilevanti conseguenze – sul piano sanzionatorio – in tema di bilanciamento fra circostanze ex art. 69 co. 4 c.p. e di aumento per la continuazione ex art. 81 co. 3 c.p.: la attenuante del vizio parziale di mente viene dunque bilanciata in termini di (semplice) equivalenza con la recidiva (e le restanti aggravanti ritenute sussistenti), mentre viene operato un aumento per la continuazione (sulla pena del reato più grave, vale a dire quello di tentato omicidio) nella misura di un terzo.

Ai fini della determinazione della pena, ad ogni buon conto, la estrema gravità del reato, valutata in ragione della tipologia del mezzo usato (un grosso forchettone da cucina) e della indubbia intensità del dolo (desumibile dal numero dei fendenti inferti al corpicino della piccolissima vittima), nonché la spiccata pericolosità sociale del giudicabile, desumibile dai motivi a delinquere e dalla condotta di vita anteatta, trattandosi di soggetto pluripregiudicato specifico, abituale assuntore di alcool, vanno controbilanciate con il comportamento da costui serbato nell'immediatezza del fatto, allorché il medesimo, evidentemente accortosi della gravità del fatto, si precipitò in strada alla ricerca di un aiuto.

Va altresì considerato come nel caso specifico non ci si trovi di fronte ad una ben più drammatica vicenda solo in quanto alla piccola V. venne nell'immediatezza della brutale aggressione prestata tempestiva ed efficace assistenza presso l'Ospedale Gaslini di Genova.

L'insieme delle predette considerazioni induce dunque il sottoscritto ad irrogare nei confronti del prevenuto una pena base per la più grave delitto di tentato omicidio nella misura massima consentita dal legislatore (computandosi tuttavia la pena per la il reato consumato di cui all'art. 575 c.p. nel minimo edittale), operando dunque sulla medesima un aumento per la continuazione con i reati satellite nei rigorosi termini di cui all'art. 81 comma 3 c.p.

Valutati gli elementi suddetti e tutti gli altri di cui all'art. 133 c.p. equa stimasi dunque la pena di anni dodici, mesi cinque e giorni dieci di reclusione, così determinata:

pena base, riconosciuta la parziale infermità mentale equivalente alle contestate recidiva ed aggravanti (esclusa quella dell'aver adoperato sevizie e crudeltà), unificati i reati sotto il vincolo della continuazione ed assunta come la più grave delle violazioni il delitto di tentato omicidio, anni ventuno di reclusione, diminuita ad anni quattordici di reclusione per il tentativo, aumentata (di un terzo) ad anni diciotto e mesi otto di reclusione per la continuazione (aumento nella misura di anni tre di reclusione in relazione al delitto di resistenza a pubblico ufficiale, di anni uno di reclusione a quello di lesioni personali e di mesi otto di reclusione a quello di danneggiamento), pena definitivamente ridotta di un terzo ad anni dodici, mesi cinque e giorni dieci di reclusione per la scelta del rito ex art. 442 c.p.p.

Le spese processuali e quelle di mantenimento durante la custodia cautelare vanno – *ex lege* – poste a carico dell'imputato. In punto pericolosità sociale (connessa al riconosciuto vizio parziale di mente correlato ad un disturbo della personalità borderline con un deterioramento mentale causato da una politossicofilia di particolare gravità) il perito nominato in

sede di giudizio ha concluso nel senso della sussistenza e del persistere (seppure con prospettiva di attenuazione, laddove il prevenuto venga sottoposto ad adeguato trattamento) della medesima.

Siffatto giudizio di pericolosità impone pertanto di applicare nei confronti del G. – ai sensi dell'art. 219 co. 2 c.p. – la misura di sicurezza dell'assegnazione a una casa di cura e custodia per la durata di anni tre.

Alla presente pronuncia di condanna, giusta quanto statuito dagli artt. 29 e 32 c.p., conseguono le pene accessorie della interdizione in perpetuo dai pubblici uffici nonché dello stato di interdizione legale per tutta la durata della pena.

Va inoltre disposta la confisca e distruzione dei reperti, degli indumenti e dei coltelli sottoposti a sequestro con verbali redatti in data 12 e 13.9.2010, fatta eccezione per il telefono cellulare del prevenuto, che ben può essere al medesimo restituito.

Note:

(1) referto medico rilasciato presso il P.S. dell'Ospedale Gaslini di Genova attestante le ferite riportate dalla minore G.V., verbali di sequestro di due forchettoni a doppia punta e di alcuni indumenti intrisi di sangue, verbal di spontanee dichiarazioni rese dal prevenuto alle ore 10.50 di quello stesso giorno, verbali di s.i.t. rese nell'immediatezza del fatto da G.D., O.B. O.C. e T.P., referto medico rilasciato dal P.S. dell'Ospedale Galliera di Genova attestante le lesioni patite dall'agente di Polizia F.M.

(2) vedasi in tal senso la relazione di servizio redatta in data 12.9.2011

(3) cfr. verbale del 12.9.2010, ore 10.50

(4) laddove si era trattenuto con il fratello della propria convivente, la di lui moglie ed il figlio

(5) normalmente utilizzata per le trazioni

(6) cfr. verbale di s.i.t. del 12.9.2010, ore 03.00

(7) cfr. verbale di s.i.t. del 12.9.2010, ore 03.50

(8) cfr. verbale di s.i.t. del 12.9.2010, ore 03.30

(9) cfr. verbali di s.i.t. del 12.9.2010, ore 06.00 e 12.20

(10) cfr. verbale di s.i.t. del 12.9.2010, ore 13.00

(11) cfr. verbale di s.i.t. del 12.9.2010, ore 13.30

(12) cfr. verbale di s.i.t. del 13.9.2010, ore 11.00

(13) cfr. verbale di s.i.t. del 13.9.2010, ore 11.10

(14) cfr. verbale di s.i.t. del 13.9.2010, ore 16.40

(15) cfr. verbali di s.i.t. rese da S.A., G.T.e R.M. in data 16.9.2010, ore 18.30, e 17.9.2010 ore 09.30 e 09.00

(16) cfr. verbale di s.i.t. del 20.9.2010, ore 10.40

(17) cfr. verbale di s.i.t. del 21.9.2010, ore 14.45

(18) vedasi la relazione di perizia redatta dal dr. G.L.R.. in data 5.7.2011

(19) evidenziato dalla stessa contraddittorietà del comportamento tenuto dal giudicabile, in un primo momento intenzionato a realizzare un omicidio-suicidio, successivamente lanciandosi alla disperata ricerca di un aiuto per salvare la figlioletta gravemente ferita

(20) vedansi le concordi dichiarazioni di G.D., T.P., B.C. e D.S.G. (unici a collocare le grida ed i rumori alle ore 01.00 circa sono stati A.S. e F.G.)

(21) trattasi di O.C.

Massime

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 8 gennaio 2010 – Est. Bossi.

ARMI – custodia negligente di armi – nozione di “ogni diligenza”.

(Art. 20 Legge 110/75)

In relazione al reato di cui all'art. 20 della legge n. 10/1975, occorre evidenziare che l'obbligo di diligenza nella custodia delle armi, imposto dalla norma indicata, deve ritenersi adempiuto allorché siano state adottate le cautele che, nelle specifiche situazioni di fatto, possono essersi da una persona dotata di normale prudenza.

La locuzione “ogni diligenza” utilizzata dal legislatore nell'art. 20 Legge n. 110/1975 impone un obbligo di cautela pervasiva e massimamente prudentiale (“ogni” cioè nessuna cautela esclusa), superiore dunque alla diligenza media esigibile con riguardo ad oggetti in sé meno pericolosi. Non può certo ritenersi osservato l'obbligo di assicurare le armi “con ogni diligenza”, se le si tiene con la stessa diligenza con cui si conserva in casa un qualsiasi altro oggetto della vita quotidiana.

(Nella fattispecie concreta si è ritenuto che la detenzione di armi da fuoco in luoghi, quali un forno a microonde ed un armadio, privi di qualsiasi sistema di chiusura e collocati in un'abitazione nella quale viveva anche un'altra persona, integri un'ipotesi di negligente custodia).

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 19 maggio 2010 – Giudice Carpanini.

CAUSE di estinzione del reato - sospensione condizionale della pena – presunzione di astensione dalla commissione di altri reati – necessità – interruzione del legame con il contesto criminale in cui è maturata la commissione del reato – sussistenza.

(artt. 163; 164 c.p.)

L'interruzione dei legami con il contesto criminale nel quale è maturata la commissione del reato è elemento che consente di formulare la prognosi favorevole in ordine al fatto che, in futuro, l'imputato si asterrà dal commettere altri reati, prognosi necessaria al fine della concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 8 dicembre 2009 – Giudice Cusatti.

CIRCOLAZIONE stradale – guida in stato di ebbrezza – mancato avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore – nullità intermedia.

(artt. 186 C.d.s., 356 c.p.p. e 114 disp. att. c.p.p.)

In occasione dell'effettuazione dell'“alcoltest”, il mancato avvertimento della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, in violazione dell'art. 114 delle disposizioni di attuazione cod. proc. pen., dà luogo ad una nullità di natura “intermedia”, che deve ritenersi sa-

nata se non dedotta prima ovvero immediatamente dopo il compimento dell'atto, ai sensi dell'art. 182, comma secondo, codice di rito, senza attendere il compimento di un successivo atto del procedimento.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 20 luglio 2010 – Giudice Cusatti.

CIRCOSTANZE del reato - circostanze attenuanti generiche – corretto comportamento processuale e valutazione del contesto in cui sono maturati i fatti – concedibilità.

(art. 62 bis c.p.p.).

È fondato il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche in considerazione sia del corretto comportamento processuale dell'imputato, il quale abbia manifestato una certa resipiscenza per le condotte poste in essere, sia del contesto in cui sono maturati i fatti qualora lo stesso non sia connotato dalla gratuita volontà di perseguire la persona offesa.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 23 giugno 2011 – Giudice Baldini.

CIRCOSTANZE del reato – circostanze attenuanti generiche – estrema modestia dell'episodio – condizioni di vita del giudicabile – concessione.

(Art. 62 bis c.p.)

CIRCOSTANZE del reato – recidiva – recidiva reiterata – facoltatività – numero contenuto e non particolare gravità delle condanne per delitto già riportate – estrema risalenza temporale dei precedenti penali – pericolosità sociale dell'imputato – esclusione.

(Art. 99, c. 4, c.p.)

L'estrema modestia dell'episodio e le condizioni di vita del giudicabile, rilevano ai fini della concessione delle circostanze attenuanti generiche.

Il numero contenuto e la non particolare gravità delle condanne per delitto già riportate, ma, soprattutto, la estrema risalenza temporale di siffatti precedenti penali (per fatti commessi vent'anni or sono) denotano una non particolarmente allarmante pericolosità sociale dell'imputato, il che – giusta quanto di recente statuito sia dalla Corte costituzionale (sent. 192/2007) che della Suprema Corte di Cassazione (vedasi, da ultimo, Cass., SS. UU., sent. 27.5-5.10.2010 n. 35738) – consente di escludere la recidiva contestata e di conseguentemente riconoscere piena espansione agli effetti delle predette circostanze attenuanti.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 26 aprile 2010 – Giudice Orsini.

CIRCOSTANZE del reato – recidiva specifica reiterata – applicazione – facoltatività.

(artt. 99 c.p.)

L'aumento di pena per la recidiva specifica reiterata è obbligatorio solo qualora si tratti di uno dei delitti di particolare allarme sociale indicati dall'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p. Fuori da queste ipotesi il giudice può non applicare l'aumento di pena ad un soggetto recidivo ex art. 99 c.p., se ritiene che il nuovo delitto non sia in concreto (valutati cioè i parametri di commisurazione di cui all'art. 133 c.p.) espressione di una più marcata pericolosità del reo, che giustifichi un trattamento sanzionatorio particolarmente severo, quale deriverebbe da un aumento della pena nella misura dei due terzi.

(Nel caso di specie il Pubblico Ministero, dopo aver inizialmente contestato la recidiva all'imputato, aveva poi concordato in sede di patteggiamento, la pena senza tenere conto dell'aumento previsto dall'art. 99 c.p.).

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 26 ottobre 2011 – Giudice Baldini.

DELITTI contro il patrimonio – rapina impropria – tentativo – configurabilità.

(artt. 56, 628 cpv. c.p.)

L'ipotesi di cui all'art. 628 cpv. c.p. si perfeziona nella forma tentata nel caso in cui l'agente, dopo aver compiuto atti idonei diretti all'impossessamento della "res" altrui, non portati a compimento per cause indipendenti dalla sua volontà, adoperi violenza o minaccia per assicurarsi l'impunità.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 13 aprile 2010 – Giudice Carpanini.

DELITTI contro il patrimonio – ricettazione di assegni in bianco – ipotesi attenuata – insussistenza.

(art. 648, cpv. c.p.)

In caso di ricettazione di assegni, per valutare la lieve entità del fatto, non è al valore intrinseco dell'assegno stesso che deve avervi riguardo, né all'importo per cui il titolo è stato poi compilato, bensì alle potenzialità criminali della ricettazione di un assegno in bianco che, evidentemente, non può che essere finalizzata alla successiva messa in circolazione nel contesto di condotte truffaldine.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 8 giugno 2010 – Est. Baldini.

DELITTI contro il patrimonio – ricettazione e indebito utilizzo di carte di pagamento – concorso apparente – esclusione.

(Art. 648 c.p. e art. 55 comma 9 D. L.vo n. 231/2007)

L'acquisto o la ricezione di tessera Viacard provento di furto e la sua utilizzazione integrano i due distinti reati di ricettazione e indebito utilizzo di carte di pagamento e ciò in ragione della differente portata

ed oggettività giuridica tutelata da tali norme incriminatrici. Al riguardo, oltretutto, deve sottolinearsi come qualora l'imputazione formulata sia circoscritta alla sola condotta di indebita utilizzazione della tessera di provenienza furtiva, con il che risultando di fatto contestata la fattispecie incriminatrice di cui alla prima parte del comma 9 dell'art. 55 D. Lgs. 231/2007, risulta difficile ipotizzare un concorso apparente con il delitto di ricettazione.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 3 novembre 2011 – Giudice Giacalone.

DELITTI contro il patrimonio – tentata rapina aggravata – esercizio arbitrario delle proprie ragioni – differenze – pretesa nata da fatto illecito.

(Artt. 393 e 628 c.p.)

DELITTI contro il patrimonio – rapina – estorsione – criterio distintivo – minaccia – costringimento psichico assoluto – risultato dell'agente – conseguimento di un bene mobile – impossessamento – rapina – sussistenza – volontà della vittima non completamente esclusa – possibilità di autoterminazione condizionata – estorsione – modalità dell'improvvisa aggressione – uso del coccio di bottiglia – inseguimento – proseguimento nella condotta di violenza e minaccia – impossibilità di autodeterminarsi diversamente – costringimento psichico assoluto.

(Artt. 628 e 629 c.p.)

La sottrazione (o come nel caso di specie il tentativo di sottrazione) con violenza o minaccia di denaro o altra cosa mobile alla vittima costituisce rapina (o tentativo di rapina) e non esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alla persona quando la pretesa nasca da un fatto illecito e non possa quindi assumere la consistenza di un diritto e ricevere, come tale, alcuna tutela davanti al giudice (Nel caso di specie è pacifica la natura illecita dell'accordo relativo alla spartizione dello stupefacente e della conseguente pretesa di recupero della parte di propria spettanza o del denaro versato per l'acquisto).

Nell'individuazione del criterio distintivo tra i reati di estorsione e rapina la giurisprudenza è orientata a ritenere che laddove la minaccia si risolva in un costringimento psichico assoluto, cioè in un annullamento di qualsiasi possibilità di scelta per la vittima ed il risultato dell'agente sia il conseguimento di un bene mobile, si configura un vero e proprio impossessamento che inquadra la condotta nel reato di rapina, richiedendosi per contro ai fini della sussistenza del reato di estorsione che per effetto della minaccia la volontà della vittima non sia completamente esclusa bensì che, residuando una possibilità di scelta tra l'accettare le richieste dell'agente o subire il male minacciato, la possibilità di autodeterminazione sia condizionata in maniera più o meno grave dal timore di subire il pregiudizio prospettato (Cass. Sez. 2, n. 4308 del 17.10.1995, Fierro).

Nel caso di specie le modalità dell'improvvisa aggressione verso la vittima, aggravata dall'uso del coccio di bottiglia, il suo inseguimento e il proseguire nella condotta di violenza e di minaccia per farsi dare il denaro o la dose di stupefacente integra una condotta di costringimento psichico assoluto che non avrebbe consentito alla vittima di autodeterminarsi diversamente.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 28 giugno 2010 – Giudice Borzone.

DELITTI contro il patrimonio – truffa aggravata ai danni dello Stato – perdita del diritto alla pensione – nuovo matrimonio – omessa comunicazione mutamento dello stato civile – responsabilità penale – sussistenza.

(Artt. 640, c. 2, n. 1, c.p.; art. 81 DPR 29/12/73)

DELITTI contro il patrimonio – truffa aggravata ai danni dello Stato – elemento psicologico – impossibilità giuridica d'invocare l'ignoranza della disposizione legislativa – sottoscrizione della dichiarazione circa il rispetto degli obblighi di legge – sussistenza.

(Artt. 640, c. 2, n. 1, c.p.; art. 81 DPR 29/12/73)

Premesso che l'art. 81 DPR 29/12/73 prevede la perdita del diritto alla pensione qualora venga contratto nuovo matrimonio, l'aver, successivamente a tale periodo, omesso di comunicare il mutamento dello stato civile e continuato a percepire i ratei comporta la responsabilità penale, limitatamente alla somma capitale percepita, per avere sistematicamente tenuto una condotta di raggirio, omissiva, tacendo la nuova realtà ed inducendo in tal modo in errore l'ente erogatore, con ingiusto profitto e corrispondente danno dell'amministrazione.

Quanto all'elemento psicologico del reato, a prescindere dall'impossibilità giuridica d'invocare l'ignoranza della disposizione legislativa, giova evidenziare come sia prassi dell'istituto previdenziale richiedere la sottoscrizione di una dichiarazione con cui si rende edotto il beneficiario circa il rispetto degli obblighi di legge.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 30 agosto 2010 – Giudice Bossi.

DELITTI contro l'amministrazione della giustizia – calunnia – fattispecie di pericolo – falsa accusa astrattamente configurabile come notizia criminis – idoneità a determinare l'apertura delle indagini preliminari – sussistenza – decreto di archiviazione – irrilevanza – scopo dell'incriminazione.

(Art. 368 c.p.)

Non pare condivisibile la tesi, secondo cui nel caso di falsa denuncia per l'omessa fatturazione dei corrispettivi percepiti il delitto di calunnia non sarebbe configurabile in quanto il fatto addebitato alle persone offese non costituisce reato in base alla normativa vigente. Al riguardo, deve innanzitutto evidenziarsi che il reato di cui all'art. 368 c.p. costituisce, secondo un orientamento ormai consolidato in giurisprudenza, una fattispecie di pericolo, per la cui integrazione è quindi sufficiente una falsa accusa, che, in quanto astrattamente configurabile come notizia criminis, sia idonea a determinare l'apertura delle indagini preliminari, risultando per contro irrilevante il fatto che le stesse successivamente si concludano con un decreto di archiviazione (cfr. in questo senso: Cass Sez. 6, n. 48525 del 18.12.2003). Scopo dell'incriminazione è infatti quello di scongiurare il duplice pericolo, anche se lieve o remoto, che l'Amministrazione della giustizia venga tratta in inganno e che venga lesa l'onore e la libertà personale del soggetto falsamente incolpato.

In base alla normativa contenuta nel D.lgs. 74/2000, l'omessa fatturazione di corrispettivi non sempre costituisce un mero illecito amministrativo, potendo assumere rilevanza penale allorché tale condotta omissiva comporti un'infedele dichiarazione rilevante ai fini delle imposte sui redditi o ai fini dell'IVA: l'art. 4 del citato D.lgs. punisce in via residuale (rispetto alle fattispecie incriminatrici contemplate dagli artt. 2 e 3) chiunque al fine di evadere le imposte indichi nelle dichiarazioni annuali elementi attivi per un importo inferiore a quello effettivo, qualora vengano superate congiuntamente le due soglie di

punibilità previste dalla norma. Il comportamento oggetto di falsa incolpazione da parte dell'imputata, in quanto prodromico ad una dichiarazione infedele, è dunque astrattamente idoneo a costituire un illecito penale, qualora i ricavi non fatturati si fossero tradotti in un'omessa indicazione nelle dichiarazioni dei redditi o IVA di ricavi superiori alle soglie di rilevanza penale.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 11 maggio 2010 – Giudice Giacalone.

DELITTI contro la fede pubblica – reato di introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi – reato di ricettazione – concorso – ammissibilità – rapporto di specialità – esclusione – diversità del bene giuridico tutelato.

(Artt. 81 cpv., 474, 648 c.p.; art. 444 c.p.p.)

Deve ritenersi pacificamente ammissibile il concorso tra il delitto di ricettazione e il delitto di cui all'art. 474 c.p. (sentenza n. 23427/02 delle Sezioni Unite della Suprema Corte), escludendosi il rapporto di specialità tra le due fattispecie incriminatrici, atteso il diverso bene giuridico tutelato.

PA.PITT.

Corte di Cassazione, sez. V pen., 11 maggio 2011 – Est. Vesichelli.

DELITTI contro la persona – diffamazione – comunicazione con una persona – certezza che vi sia un'ulteriore diffusione a più persone – volontà di tale evento.

(Art. 595 c.p.)

DELITTI contro la persona – diffamazione – elemento soggettivo – dolo eventuale sulla diffusività – configurabilità.

(Art. 595 c.p.)

PARTE civile – criteri di liquidazione del danno – equità.

(Art. 538 c.p.p.)

L'elemento psicologico della diffamazione consiste non solo nella consapevolezza di pronunziare o di scrivere una frase lesiva dell'altrui reputazione, ma anche nella volontà che la frase denigratoria venga a conoscenza di più persone. Pertanto è necessario che l'autore della diffamazione comunichi con almeno due persone ovvero con una sola persona, ma con tale modalità che detta notizia sicuramente venga a conoscenza di altri ed egli si rappresenti e voglia tale evento.

È ammessa la configurazione del dolo eventuale sul punto della diffusività dello scritto offensivo, ossia della concreta probabilità che lo stesso, pur formalmente diretto ad una persona, sia però conosciuto da una pluralità di altri soggetti.

In tema di criteri di liquidazione del danno, è legittimo il ricorso del giudice a criteri equitativi nella quantificazione del danno risarcibile ove in esso non siano rinvenibili componenti patrimoniali suscettibili di precisa determinazione.

La liquidazione del danno non patrimoniale deve essere proporzionata alla gravità del reato e all'entità della sofferenza patita dalla vittima, ma sfugge necessariamente ad una precisa valutazione analitica, restando affidata all'apprezzamento discrezionale ed equitativo del giudice di merito.

CR.BR

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 17 giugno 2010 – Giudice Todella.

DELITTI contro la persona – diffamazione – dolo eventuale – ammissibilità.

(Art. 595 c.p.)

Quanto alla sussistenza del dolo è da ritenere che nel reato di diffamazione il dolo dell'agente possa essere anche eventuale se il soggetto accetta il rischio della diffusione degli scritti offensivi.

CR.BR.

Giudice di Pace di Genova, 16 febbraio 2008 – Est. Bertati.

DIFFAMAZIONE – elemento soggettivo – diffusività dell'offesa.

(Art. 595 c.p.)

Qualora uno scritto offensivo venga portato a conoscenza di più persone non da parte dell'autore dello stesso ma dall'unico soggetto cui era stato comunicato, occorre valutare se l'autore dello scritto avesse o meno accettato il rischio della diffusione dello stesso. (1)

Nel caso in cui il destinatario dello scritto sia tenuto dal proprio contratto di lavoro alla segnalazione di ogni evento anomalo ed abbia notoriamente un carattere particolare ed un temperamento aggressivo, non è ragionevolmente ipotizzabile che da parte dell'imputato vi fosse la convinzione che lo scritto non sarebbe stato divulgato.

Avendo l'imputato accettato come certa od altamente probabile l'eventualità che il ricevente lo scritto avrebbe riferito i fatti ai superiori o comunque a terzi, si configura a carico dell'agente un dolo generico, nella forma del diretto od eventuale.

Il reato di diffamazione si configura anche quando la comunicazione di fatti lesivi del decoro o dell'onore di una persona non avvenga simultaneamente, ma con tempi distinti, come quando l'agente comunicò l'offesa ad una sola persona perché questa, a sua volta, la comunicò ad altri.

(1) Le tre sentenze di seguito massimate sono state pronunciate nel medesimo procedimento all'esito dei tre gradi di giudizio. La questione di diritto affrontata concerne la configurabilità del dolo eventuale in punto di diffusione dell'offesa nel delitto di diffamazione.

Nel caso di specie l'imputato aveva ingrandito e fotocopiato le fotografie di tre persone che prestavano la propria attività lavorativa presso una casa di cura di cui lo stesso agente era dipendente. L'imputato aveva poi apposto scritte offensive sulle immagini e le aveva introdotte nell'armadietto di un suo collega. Quest'ultimo, rinvenute le fotografie recanti le frasi lesive della reputazione, le aveva mostrate ai superiori e le aveva diffuse tra il personale della casa di cura.

Il Giudice di Pace, ritenendo prevedibile che il soggetto cui le foto erano state dirette avrebbe tenuto tale condotta, escludeva che l'imputato non avesse quanto meno accettato il rischio che le sue offese ricevessero diffusione.

Essendo l'elemento soggettivo della diffamazione il dolo generico, possibile anche nella forma del dolo eventuale, il Giudice di Pace affermava la sussistenza del reato.

La sua decisione veniva confermata sia dal Tribunale monocratico, nella veste di giudice di appello, sia dalla Corte di Cassazione che ribadiva l'ammissibilità, nel delitto di diffamazione, della configurazione del dolo eventuale sul punto di diffusività dell'offesa.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 21 settembre 2011 – Giudice Bossi.

MISURE di sicurezza – espulsione dello straniero dallo Stato – cittadini comunitari – valutazione in ordine all'effettiva minaccia per la sicurezza pubblica – necessità.

(Artt. 202; 235 c.p.)

Il diritto di un cittadino comunitario di entrare e di soggiornare in uno Stato membro non è incondizionato, ma può essere vietato solo nel caso in cui sussistano motivi di ordine pubblico o di sicurezza pubblica che possono essere invocati solo a seguito di una valutazione specifica. Il provvedimento di espulsione non può quindi essere applicato in modo automatico per la sola sussistenza di condanne penali, ma l'autorità competente deve verificare se il comportamento personale è una minaccia effettiva per la sicurezza pubblica nel momento in cui decide l'allontanamento.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 7 aprile 2010 – Giudice Giacalone.

MISURE di sicurezza – soggetto totalmente infermo di mente – misura dell'assegnazione a una casa di cura e custodia – applicabilità.

(artt. 219; 222 c.p.)

La Corte Costituzionale nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 222 c.p. nella parte in cui non consente al giudice di applicare, anche all'infermo totale di mente, una misura di sicurezza diversa dal ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, afferma il principio della scelta di una misura idonea ad assicurare adeguate cure al malato così da far fronte alla sua pericolosità sociale. Viene quindi superata la presunzione che la pericolosità dell'infermo totale di mente possa essere adeguatamente fronteggiata solo con la misura rigorosamente restrittiva del ricovero in OPG consentendosi il ricorso ad altre forme di intervento, nel quadro delle misure di sicurezza codificate, adeguate a garantire le cure dell'infermo e al contempo il controllo di sicurezza sociale.

(Nel caso concreto, il Giudice, tenuto conto della graduazione non elevata della pericolosità sociale indicata dal consulente tecnico e del progressivo miglioramento delle condizioni psichiche generali dell'imputato, ha confermato la misura dell'assegnazione a una casa di cura e custodia, misura già individuata nella fase provvisoria e ritenuta idonea al fine di consentire all'imputato di proseguire nel percorso terapeutico intrapreso nell'ambito di una struttura idonea a garantire la salvaguardia delle esigenze di sicurezza sociale).

S.LIG.

ATLANTIS

IMPRESA DI PULIZIE CIVILI ED INDUSTRIALI
TRATTAMENTI PARQUET, MARMO, COTTO

TEL/FAX. 010 9826085
CELL. 346 1765000

WWW.ATLANTIS-CLEANING.EU
E-MAIL: DDORDOLO@LIBERO.IT

Atlantis è impresa leader nel settore delle pulizie civili e industriali. Atlantis offre un servizio su misura, che ha tra i suoi punti di forza:

- **l'assoluta professionalità:**

Atlantis svolge ogni lavoro di pulizia che le sia affidato con efficienza e completa soddisfazione del Cliente, in tempi previsti e certi, secondo il programma stabilito con il Cliente stesso.

- **la valutazione dei bisogni del Cliente e l'adattabilità:**

Atlantis lavora costantemente perché i propri servizi siano accurati, coerenti con l'immagine propria e del Cliente, realizzati con precisione e puntualità. Le esigenze del Cliente vengono valutate di volta in volta per far sì che sia sempre soddisfatto.

- **costi competitivi e un'immagine professionale:**

grazie all'esperienza consolidata e alle proprie attrezzature, Atlantis garantisce costi competitivi. Atlantis cura l'ordine e l'immagine della propria azienda e, di conseguenza, anche l'immagine del proprio Cliente, a cominciare dal vestiario professionale, da attrezzi moderni e puliti.

- **sicurezza sul lavoro e sicurezza per le persone:**

le attrezzature e le macchine di Atlantis si conformano alle norme italiane ed europee. Atlantis si prende cura della prevenzione degli infortuni sul lavoro e della sicurezza. Fa attenzione all'ambiente: usa prodotti con alto indice di biodegradabilità, negli opportuni dosaggi e quantità.

- **onestà, riservatezza, tutela degli ambienti e delle cose che vi sono contenute:**

Atlantis è garanzia di affidabilità e di assoluto rispetto della privacy dei Clienti e dei Clienti dei propri Clienti.



Per un ufficio, un condominio, un'azienda, per il primo anno, Atlantis offre i propri servizi con il 10% di sconto sul prezzo di listino, verificabile sul sito Internet della ditta.