

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 Lovisolò, 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 e di diritto costituzionale regionale:

Pasquale Costanzo, Lara Trucco

sezione di diritto tributario:

Antonio Lovisolò

sezione di diritto penale:

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

sezioni locali:

Acqui Terme: Paolo Ponzio; **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.), Roberta Anania, 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, Giuseppe Bordolli (G.B.), Costanza Bracciforti (C.BC.), Elisa Brigandi (EL.BR.), Cesare Bruzzone (C.BRU.), Alessandra Caldini, Sonia Canata (SO.C.), Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Chiara Capodiceci, Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Stefano Cavanna, Chiara Cellerino (C.CELL.), Lara Cipriani (LA.CIP.), Enrico Clerici (E.CLE.), Sandra Compiano (SA.COM.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), Pierpaolo Curri (P.P.CU.), Francesca Dagnino (F.DA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dasio, Daniela Degiovanni (DA.DE.), Gaia De Giovanni (G.D.G.), Raffaella Demaria (R.D.), Stefano Dominelli (S.D.), Paolo Donadoni, Marcella Donati, Carlo Fava, Wanda Finelli (W.F.), Francesca Florino, Alessandro Fontana (A.F.), Antonio Fontana (A.FONT.), Cesare Fossati, Serafina Funaro (SE.F.), Giovanna Galione (G.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Stefano Garbarino (S.GARB.), Laura Garibbo (L.GRB.), Franco Augusto Gastaldo (F.A.G.), Paola Gatti (PA.GAT.), Christian Graziano (C.GRA.), Marco Grimani

(MA.GRI.), Luca Guerrini (LU.GRR.), Silvia Guglielminetti, Giuseppe Inglese (G.ING.), Viviana Isola, Andrea La Mattina (A.LA.M.), Walter Laganà (W.L.), Tiziana Landi (TZ.LND.), Elena Lanzi, Anita Liporace (A.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Fiammetta Malagoli (F.MLG.), Andrea Maura (A.MAU.), Federica Marchese (FED.MH.), Dott. Federica Marchese (FE.MAR.), Cristina Marras, Francesco Simone Melandri (F.S.M.), Jenny Meloni (J.MLN.), Eugenio Migliorini (EU.MI.), Federico Montaldo, Alessandro Nicolini (A.NIC.), Raffaele Nicolini (RAF.NIC.), Diego Nocera (DI.NO.), Diego Nucifora (D.NCF.), Anna Maria Occasione (A.M.OC.), Silvia Olcese (SI.OL.), Nicola Orecchia (N.OR.), Francesca Orfanelli (F.O.), Giorgia Orsi, Carlo Pasero (C.PA.), 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 Sivardo (M.SIV.), Laura Sommazza, 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:

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

sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:

Enrico Albanesi (E.AL.), Francesca Bailo (F.B.), Lorenzo Barabino, Carlo Bilanci (C.B.), Francesco Boetto (F.B.), Marcello Bolognesi (M.BO.), Monica Busoli (MO.BS.), Marco Castagnola (M.C.), Valentina Cavanna, Giovanna Cuzzola (G.CU.), Chiara Fatta (C.F.), Daniele Ferrari (D.F.), Maura Foglia (M.FO.), Alessia Fusco (A.FUS.), Sarah Garabello (SAR.G.), Aurelio Domenico Masuelli, Andrea Mozzati, Francesca Paderno (F.P.), Maria Paola Pessagno, Luca Saguato, Alessandro Salustri, Jenny Verduci (J.V.)

sezione di diritto tributario:

Sara Armella, Alessia Baldassarre (A.BAL.), Stefano Betti, Andrea Bodrigo, Fausto Capello, Giuseppe Croce (G.C.), Filippo Da Passano (F.P.), Elizabeth Frizione (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, Stefania Ligas (S.LIG.), Nicoletta Lisi (NIC.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Maria Montemagno (M.MG.), Emanuele Olcese, Paola Pepe (P.PE.), Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Luigi Sannino (L.SN.), Cristina Senes (CR.SEN.), Chantal Torrigino (CH.T.)

Direttore responsabile:

Fabrizio De Ferrari

Sede della Redazione:

De Ferrari Comunicazione S.r.l., via D'Annunzio 2 · 16121 Genova

Tel 010 0986820/21/22 · Fax 010 0986823

www.editorialetipografica.com

editorialetipografica@editorialetipografica.com

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

© De Ferrari Comunicazione S.r.l.

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

L'arte della stampa in rilievo per eventi e imprese



*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.*

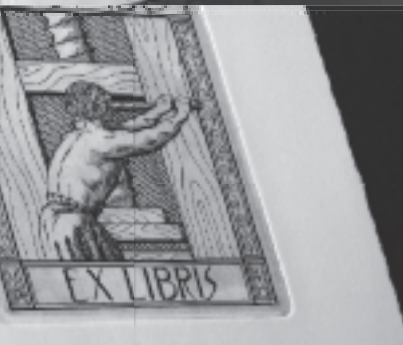
realizzazione immagine coordinata
biglietti da visita - carte intestate e buste - ex libris - segnalibri
stampa d'arte con torchio calcografico

Arti Grafiche Guercio

Via Imperiale, 41 16143 Genova

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

www.guercio.it



Indice

Sezione di diritto civile

Errata corrige, 5

Sentenze e Ordinanze

-Tribunale di Savona, 6 giugno 2012, 5
 -Tribunale di Genova, sez. VI civ., 23 dicembre 2011, 7

-Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 16 marzo 2011, 10, *Evoluzioni dell'istituto della mediazione e prassi contrattuali difformi*, nota redazionale, Alessandro Barca, 13

Massime, 15

Massima annotata

Tribunale di Genova, sez. I civ., 8 marzo 2012, Federico Repetti, 25

Documenti

-*Il diritto comparato e la letteratura*, Andrea Fusaro, 29
 -*Le case infestate dagli spettri*, Alessandro Gazzolo e Tommaso Gazzolo, 31
 -*Illuminismo e critica del diritto: il "probabiliorismo giuridico" di Ludovico Antonio Muratori, Una (ri)lettura dell'opera "Dei difetti della giurisprudenza"*, Roberto Negro, 36

Recensioni

-*Corrado Marvasi, Gli anni della grande riforma: il potere espropriativo in Italia tra tema dialogico e funzione sociale della proprietà*, Giuseppe Cassano, 40

Sezione famiglia e minori

Sentenze e Ordinanze

-Tribunale di Albenga, 8 gennaio 2005, 41
 -Corte d'Appello di Genova, 20 maggio 2006, 41
 -Corte di Cassazione, sez. I civ., 15 settembre 2011, n. 18853, 41, *Non è necessaria la pronuncia di addebito della separazione per chiedere i danni al coniuge infedele*, nota a sentenza, Cesare Fossati, 41

-Tribunale di Chiavari, ord. 19 gennaio 2012, 42, *Le spese straordinarie per i figli nella crisi della famiglia*, nota a sentenza, Francesca Maberino, 43

-Tribunale di Chiavari, 12 dicembre 2011, 46, *Dichiarazione giudiziale di paternità di un cittadino australiano: alcuni problemi di diritto internazionale privato*, nota a sentenza, Francesco Pesce, 46

Sezione mediazione, conciliazione e arbitrato

Documenti

-*La mediazione in Francia ed in Liguria, Napoleone e gli avvocati*, Carlo Alberto Calcagno, 54

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze e Ordinanze

-TAR Liguria, sez. II, 2 febbraio 2012, 60, *La Valutazione di Impatto Ambientale e la questione della separazione tra politica e amministrazione*, nota a sentenza, Valentina Cavanna, 60

-Corte Costituzionale, 6 giugno 2012, n. 144, 62, *I "tagli" alle auto di servizio non hanno effetto precettivo nei confronti di Regioni ed enti locali (sent. Corte cost. n. 144/12). Un'occasione per far "buon uso" dell'autonomia regionale e locale*, nota a sentenza, Enrico Albanesi, 63

Documenti

-*Quale "sostegno" del legislatore regionale ligure alla scuola digitale e alla diffusione del libro elettronico?*, Lara Trucco, 70

Sezione di diritto tributario

Documenti

-*Gli accertamenti "impo-esattivi", la riscossione frazionata e la tutela cautelare oltre il primo grado di giudizio*, Antonio Lovisolo, 73

Sezione di diritto penale

Massime, 83

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

ERRATA CORRIGE:

Nel numero 1/2012 a pag. 12 è stato erroneamente indicato "Avv. Olcese". Non si tratta dell'Avvocato Amedeo Olcese.

Tribunale di Savona, 6 giugno 2012 - Giudice Unico Princiotta - R. (Avv.ti Ascheri e Lazzarini) c. F. Bank s.p.a. (Avv.ti Zitiello, Musco e Rossi).

CONTRATTI bancari - intermediazione finanziaria - ordine di borsa - risoluzione - ammissibilità.

(Art. 23 D.lgs. 58/98)

CONTRATTI bancari - intermediazione finanziaria - acquisto titoli obbligazionari della Repubblica Argentina - obbligo di informazione a carico dell'intermediario - violazione - sussistenza.

(Art. 21 D.lgs. 58/98)

Deve ritenersi ammissibile la domanda di risoluzione circoscritta ad un determinato prodotto finanziario in quanto il singolo ordine di acquisto ha natura contrattuale autonoma rispetto al 'contratto quadro'.

L'intermediario, essendo tenuto a comportarsi con diligenza, correttezza e professionalità, deve avvisare il cliente del grado di rischio dello specifico prodotto finanziario, in particolare se alla data dell'acquisto vi era un elevato rischio di rimborso e se il titolo proposto era adatto unicamente ad investitori speculativi e in grado di sostenere rischi speciali.

(Nel caso di specie, il Tribunale ha pronunciato la risoluzione del contratto di acquisto di obbligazioni Repubblica Argentina per grave inadempimento della banca, essendo emersa anche dall'istruttoria testimoniale l'omissione dell'informativa circa gli elevati rischi dell'aprile 2001, comportando ciò la violazione degli obblighi di correttezza e buona fede negoziale imposti dalla normativa in materia di intermediazione finanziaria).

S.VGN.

(...Omissis...)

In fatto ed in diritto

I.- Dario R. hanno convenuto in giudizio Bank spa e chiesto la risoluzione per inadempimento dei contratti di acquisto di obbligazioni emesse dalla Repubblica Argentina eseguiti il 6 aprile 2001 nonché la condanna al risarcimento danni che quantificavano in misura non inferiore ad €. 19.000.

Instauratosi regolarmente il contraddittorio, l'istituto convenuto chiedeva il rigetto della domanda che contestava sua in fatto che in diritto.

La causa era istruita con l'acquisizione di documenti e l'audizione di una teste.

Il 3 febbraio u.s. le parti precisavano come sopra indicato.

II.- Vanno preliminarmente esaminate le eccezioni avanzate dalla convenuta che, peraltro, non paiono meritevoli di accoglimento.

Con riferimento all'eccezione di difetto di legittimazione passiva, invero, la Banca risulta essere stata l'unico interlocutore contrattuale con cui gli attori hanno proceduto all'acquisto dei titoli de quo (come si vedrà meglio appresso, inoltre, la Banca è venuta di fatto meno agli obblighi di informazione prescritti dalla normativa di riferimento in quanto è proprio la banca che "deve dimostrare di aver fornito agli investitori tutte le informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni delle specifiche operazioni ed, in assenza di alcuna prova, è responsabile della violazione dell'art. 21 lett. b) del t.u.f., dell'art. 28 n 2) e 29 comma 3 del regolamento Consob dell'1.7.1998 n 11522. Il suddetto inadempimento essendo stato determinante nell'indurre i ricorrenti ad impartire gli ordini di acquisto presenta la gravità necessaria per giustificare la risoluzione per grave inadempimento. Trattandosi poi di contratti ad esecuzione periodica la risoluzione in base all'art. 1458 comma 1 c.c. ha effetto retroattivo salvo che per le prestazioni già eseguite" conf., in una fattispecie relativa proprio all'acquisto di bond argentini, Tribunale Tivoli, 3 giugno 2009 edita anche su Banca Dati Giuffrè).

Infondata appare anche l'eccezione di prescrizione -peraltro neppure riproposta negli scritti difensivi conclusionali- avendo gli attori interrotto il termine con l'invio della lettera raccomandata prodotta agli atti.

Non meritevole di accoglimento, del pari, risulta l'assunto difensivo per cui la domanda sarebbe inammissibile in quanto l'ordine di acquisto di singoli titoli da parte del cliente costituirebbe esclusivamente un'istruzione del mandante al mandatario per l'esecuzione del mandato che sarebbe annoverabile nella categoria dei c.d. negozi di attuazione; ad avviso della Banca convenuta, quindi, non sarebbe neppure astrattamente configurabile una nullità del singolo ordine di acquisto in difetto della autonomia della singola negoziazione che costituirebbe un negozio di attuazione del mandato (cfr. comparsa conclusionale della FinecoBannk a pag. 9: "così correttamente inquadrata la fattispecie per cui è causa, si deve, quindi, ritenere che la domanda di risoluzione dell'ordine di acquisto formulata dai clienti non possa trovare accoglimento, in quanto applicabile esclusivamente ai contratti e non agli atti meramente esecutivi del mandato quali sono gli ordini impartiti dal cliente nell'ambito del contratto per la prestazione dei servizi di investimento in essere con la Banca").

Tale prospettazione non è corretta in quanto il contratto quadro di cui all'art. 23 TUF costituisce una fattispecie connotata dai profili propri del contratto normativo ad effetti obbligatori in ragione delle finalità che con essa le parti intendono attuare (che è quella di prevedere le regole a cui dovrà attenersi l'intermediario al fine di consentire al risparmiatore una valida scelta di investimento).

Anche l'ordine di acquisto, conseguentemente, ha natura contrattuale in quanto è espressivo della volontà negoziale dell'investitore e, quindi, deve ritenersi ammissibile -proprio come nel caso in esame- la domanda di risoluzione circoscritta al solo contratto di acquisto del prodotto finanziario (conforme Tribunale di Piacenza, sentenza numero 546/2009, edita anche su Altalex: "...una volta indivi-

duata la natura di esso, qualificabile come atto negoziale espressivo della volontà contrattuale dell'investitore, ne consegue, quale significativa implicazione, l'affermazione dell'autonomia dell'ordine di acquisto rispetto al contratto quadro e, pertanto, come avvenuto nel caso di specie, l'ammissibilità di una domanda di risoluzione circoscritta al solo contratto di acquisto del prodotto finanziario (in ordine all'autonomia dei singoli ordini vedasi Cass. sez.I, 25 giugno 2008, n. 17340)... qualora si sostenesse la natura meramente esecutiva e non negoziale dell'ordine di acquisto ne conseguirebbe come non possa essere formulata una domanda di risoluzione circoscritta solo ad esso, imponendosi da parte dell'investitore necessariamente la formulazione della domanda di risoluzione dello stesso contratto quadro e non già del singolo ordine, privo di valenza negoziale"). Contrariamente all'avviso della convenuta, infine, la domanda di risarcimento è ammissibile e si "appalessa suscettibile di accoglimento in relazione alla restituzione del prezzo pagato alla Banca per l'operazione di investimento dedotta in giudizio" (conforme, su fattispecie similare, Corte di Appello di Genova, I sezione civile, sentenza n. 337/2009: "la risoluzione del contratto per inadempimento comporta il diritto della parte non inadempiente sia alla restituzione della somma pagata a titolo di prezzo, in virtù dell'efficacia retroattiva della risoluzione, sia al risarcimento del danno, comprensivo anche del pregiudizio costituito dal deprezzamento della somma pagata, con la conseguenza che tale somma, pur essendo oggetto di un'obbligazione pecuniaria -avendo per oggetto il prezzo corrisposto dalla parte adempiente- deve essere restituita con la rivalutazione monetaria perché solo in tal modo la predetta parte è reintegrata nella posizione in cui era al momento della conclusione del contratto").

III. Nel merito, la domanda è fondata dovendosi ritenere fatto notorio che, alla data dell'acquisto de quo (6 aprile 2001), le obbligazioni argentine fossero ad elevato rischio di rimborso (cfr. Tribunale Vicenza, sentenza in data 2 agosto 2007, n. 1895, edita anche su Banca Dati Giuffrè: "Il notiziario Consob del 3 luglio 2000, da cui si evince l'alto rischio caratterizzante i titoli argentini, può reputarsi fatto notorio, atteso che si tratta di documentazione che è nella necessaria disponibilità delle banche e di tutti gli operatori finanziari". Condivisibilmente, in motivazione, il Tribunale considera che: "al momento degli ultimi due acquisti (2.8.2000 e 13.10.2000) la Banca già sapeva, o doveva comunque saperlo usando la normale diligenza dell'operatore finanziario, che i bond argentini erano obbligazioni ad elevato rischio, "adatte unicamente a investitori speculativi e in grado di valutare e sostenere rischi speciali" (Notiziario CONSOB del 3.7.2000, che può reputarsi notorio, atteso che si tratta di documentazione che è nella necessaria disponibilità delle Banche e di tutti gli operatori finanziari). D'altro canto, appartiene ugualmente al fatto notorio la circostanza che le Banche hanno iniziato a disfarsi dei titoli argentini con carattere di sistematicità sin dal 1999, segno che il presagio del default era già percepibile dagli operatori sin d'allora").

In questa situazione conoscitiva, la Banca, in relazione agli obblighi generali di protezione connessi al dovere per l'intermediario di comportarsi con diligenza, correttezza e professionalità, era tenuta ad avvisare il cliente del grado di rischio cui andava incontro con quello specifico acquisto, anche in relazione al fatto che, all'evidenza, si trattava di clienti privi di elevata professionalità nel settore.

Si considerino, a tal riguardo, le risultanze dei contratti per

prestazioni di servizi di investimento stipulati con la convenuta dagli attori nei quali questi ultimi hanno sempre evitato di dare notizie sulle esperienze in strumenti finanziari, addirittura barrando le caselle con la dicitura "non rispondo"(e, significativamente, la Banca pur facendo acquistare titoli "adatti esclusivamente ad investitori speculativi ed in grado di valutare e di sostenere rischi speciali" non risulta aver assunto in concreto adeguati adempimenti informativi).

Il profilo degli attori, non adeguato a percepire l'elevato rischio dell'investimento, trova conferma nella stessa difesa della convenuta laddove a pag. 3 al punto 4 della comparsa di costituzione evidenzia che: "in data 6 aprile 2001 i clienti si recavano presso il negozio finanziario di Xelion e dichiaravano alla Promotrice la propria intenzione di investire la somma di Lit. 40.000.000 in titoli con flusso cedolare annuale analogo a quello proprio dei titoli di Stato degli anni precedenti".

La stessa dipendente della Banca convenuta che ha proceduto all'operazione, sentita quale teste nel corso del processo, a conferma delle gravi carenze informative che avevano connotato l'operazione de quo, ha significativamente dichiarato: "adr. oggi anche un BTP è considerato un titolo speculativo, a quell'epoca si era ben lontani dall'ipotizzare un default dell'Argentina. All'epoca della sottoscrizione ho detto che si trattava di titoli di Stato. Adr. Non ho fatto equiparazione tra i titoli di Stato italiano e quelli argentini".

La Banca si è, quindi, limitata a consigliare l'acquisto di un prodotto finanziario ad elevato rischio qualificandolo, invece, come un titolo di Stato, senza fornire una adeguata e specifica informazione (di cui, invece, come si è visto, era necessariamente in possesso).

Tale comportamento non è stato conforme ai canoni della buona fede negoziale e, comunque, è in contrasto con la normativa vigente (cfr., in motivazione, la già citata sentenza della I Sezione della Corte di Appello genovese: "Questa Corte di merito ha avuto, in tempi estremamente recenti, occasione di sottolineare che dalle testé rammentate norme del TUF e dalle disposizioni regolamentari emanate dalla CONSOB è desumibile, a carico degli intermediari e nell'interesse degli investitori, un obbligo di conoscenza dei prodotti offerti, conoscenza che si estende alla loro provenienza, alla situazione degli stessi nei mercati, alla loro destinazione al pubblico dei consumatori. Si tratta di conoscenza che l'investitore-risparmiatore, per esperienza, per cultura o per diverso campo lavorativo, non potrà mai acquisire, pervenendo ad un giudizio completo sull'operazione finanziaria, di guisa che è stato correttamente affermato che i doveri imposti alla banca si sostanziano essenzialmente nel dovere di informarsi e nel dovere di informare. Inoltre, questa Corte territoriale ha evidenziato che l'obbligo della banca può dirsi articolato e complesso su vari fronti, poiché essa è tenuta di informarsi sulla situazione patrimoniale del cliente, sugli obiettivi che questi si prefigge, a prospettargli le varie soluzioni possibili e a sconsigliare quelle che non si attagliano alle sue esigenze, di guisa che, in sostanza, la banca assolve alla funzione di un consulente e come tale è tenuta a comportarsi, fornendo al cliente tutti i dati e le informazioni di cui questi può avere bisogno per effettuare una scelta consapevole ... Il Collegio ritiene infatti che la regola in base alla quale in presenza di un'operazione non adeguata l'intermediario deve astenersi dal dare esecuzione all'operazione se prima non abbia avvertito l'investitore e ottenuto dal medesimo l'espressa autorizzazione ad agire ugualmente sulla base di un ordine contenente l'espli-

cito riferimento alle informazioni ricevute, trova applicazione con riferimento a tutti i servizi di investimento prestati nei confronti di qualsiasi investitore che non sia un operatore qualificato sia con riguardo ai servizi di investimento nei quali sia ravvisabile una discrezionalità dell'intermediario, come ad esempio nel caso di contratti di gestione di portafogli di investimento, sia là dove l'operazione avvenga su istruzione del cliente, come, appunto, quando venga prestato il servizio di negoziazione o di ricezione e di trasmissione di ordini...").

Il contratto per cui è causa deve essere, quindi, risolto per grave inadempimento della convenuta.

In seguito alla intervenuta risoluzione, ed in conformità alla richiesta avanzata dalla convenuta, gli attori vanno dichiarati tenuti a restituire alla banca le obbligazioni argentina per cui è causa.

IV.- Con riferimento al quantum debeatur, conformemente ai parametri sopra richiamati della più volte citata sentenza n. 337/2009 della Corte genovese, la convenuta va condannata al pagamento di € 19.000 oltre agli interessi legali e rivalutazione monetaria su detta somma dalla data dell'operazione sino all'effettivo pagamento.

P.Q.M.

Il Tribunale, in persona del giudice istruttore in funzione di giudice unico, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, respinta ogni diversa e contraria istanza eccezione o deduzione, per le ragioni indicate in motivazione, così provvede:

- 1.- dichiara risolto per inadempimento della Banca convenuta il contratto di acquisto di bond argentini inter partes per cui è causa;
- 2.- conseguentemente condanna la Banca convenuta al risarcimento del danno pari che liquida in €. 19.000 oltre agli interessi legali e alla rivalutazione monetaria su detta somma con decorrenza dalla data dell'operazione sino all'effettivo pagamento;
- 3.- dichiara tenuti gli attori a restituire alla banca le obbligazioni argentine per cui è causa.

(...*Omissis*...)

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 23 dicembre 2011, n. 4598 - Giudice Unico Isola - A. e altro (Avv.ti Buffa) c. Costa Crociere s.p.a. (Avv.ti Mazier e Mordiglia) c. Alitalia Linee Aeree Italiane s.p.a. (contumace).

CONTRATTO in genere - pacchetto turistico - turista portatore di handicap - informazione contrattuale - responsabilità dell'organizzatore - limiti.

(Art. 93, 87 cod.cons.)

CONTRATTO in genere - pacchetto turistico - trasporto aereo - smarrimento bagaglio - responsabilità dell'organizzatore - sussistenza.

(Art. 93 cod.cons., art. 1693 c.c.)

CONTRATTO in genere - pacchetto turistico - trasporto aereo - smarrimento bagaglio - risarcimento del danno - liquidazione - criteri.

(Art. 95, 94 cod.cons.)

L'organizzatore di una crociera che dimostra di aver fornito un'informazione contrattuale adeguata in merito alle caratteri-

stiche del viaggio e alle particolari cautele e limitazioni destinate ai portatori di handicap, va esente da responsabilità da inadempimento per i disagi patiti ugualmente dal turista.

In caso di acquisto di un 'pacchetto turistico' comprendente una serie di prestazioni, tra cui il trasporto aereo da e verso il luogo di partenza della nave da crociera, l'organizzatore del viaggio è tenuto a risarcire direttamente il danno da perdita del bagaglio, fatto salvo il diritto di rivalersi nei confronti del vettore.

La situazione di disagio, stress ed ansia legati allo smarrimento del bagaglio e alla conseguente necessità di rientro anticipato in Italia è risarcibile sotto forma di rimborso della parte di 'pacchetto turistico' non usufruita, del costo del biglietto aereo di rientro e del danno da vacanza rovinata per lesione del diritto alla salute provato dal turista a mezzo testimoni.

(Nel caso di specie, il Tribunale ha rigettato la domanda di risoluzione del contratto di acquisto di un pacchetto turistico avente ad oggetto una crociera nel Nord Europa in quanto era stata provata, da parte dell'organizzatore, la veridicità e adeguatezza delle informazioni fornite al turista portatore di handicap; al contempo, il Tribunale ha accolto la domanda risarcitoria per gli effetti negativi dello smarrimento di bagaglio avvenuto lungo la tratta aerea di partenza, riconoscendo sia l'indennizzo previsto dalla Convenzione di Montreal, sia il danno non patrimoniale per i connessi disagi, sia il rimborso delle spese di rientro anticipato in Italia).

S.VGN.

(...*Omissis*...)

Motivi di fatto e di diritto

Le odierne attrici, A., affetta da sclerosi multipla che la costringe sulla carrozzina e sua figlia, M.Aresu, hanno citato in giudizio sia Costa Crociere S.p.A., che Alitalia esponendo quanto segue:

di avere sottoscritto, in data 15 luglio 2006, un contratto avente ad oggetto un "pacchetto turistico" per la settimana dal 13 al 20 agosto 2006 che prevedeva, in particolare, il volo Milano-Copenaghen e ritorno con vettore Alitalia e la crociera sulla nave Costa Magica con imbarco a Copenaghen ed ivi rientro;

di avere appreso, dopo la sottoscrizione del contratto, che gli autobus utilizzati nelle escursioni previste nel programma di viaggio non erano attrezzati per disabili e che i prezzi per gite personalizzate, con mezzo di trasporto adeguato, comportavano un costo supplementare esorbitante; che giunte all'aeroporto della capitale danese il bagaglio della A. risultava smarrito;

che in tale valigia, tra l'altro, erano contenute le medicine relative alla grave patologia di cui la A. era affetta; che, nonostante le assicurazioni, trascorsi quattro giorni dalla partenza, né il bagaglio, né le medicine erano stati reperiti; che la protratta mancata assunzione dei farmaci aveva determinato un peggioramento delle condizioni della A. ed uno stato di apprensione tale da determinare la decisione di uno sbarco e rientro anticipato in Italia;

che, comunque, anche i giorni di soggiorno erano stati negativamente influenzati per essere la cabina piccolissima e priva dei necessari supporti di sicurezza per disabili nel bagno, per essere stato impossibile comunicare con i parenti essendo assente il segnale satellitare, per non avere ricevuto alcuna assistenza per salire e scendere dal pulman in occasione della visita a San Pietroburgo.

Tutto ciò premesso le attrici chiedevano la risoluzione del contratto di viaggio per inadempimento grave delle conve-

nute e la condanna di queste ultime, in solido e/o come meglio visto, al risarcimento dei danni materiali e da vacanza rovinata quantificati in una somma complessiva di Euro 35.800,00.

Costa Crociere si costituiva rilevando che unico responsabile dello smarrimento del bagaglio risultava il vettore Alitalia ed eccependo che alla medesima non era imputabile alcun inadempimento. Sottolineava, infatti, di aver fornito, conformemente all'art.87 D.lgs. n.206/2005, tutte le informazioni relative alle caratteristiche dei servizi compresi nel pacchetto turistico, di aver consegnato il catalogo di viaggio dove era specificato che le escursioni venivano effettuate con mezzi non attrezzati per disabili, di avere, comunque, fatto pervenire alle attrici le quotazioni per escursioni "personalizzate", di avere provveduto alla sistemazione delle passeggere in una cabina appositamente realizzata per disabili, di avere fornito loro il kit d'emergenza (con spazzolino, dentifricio, spazzola e slip) e di avere offerto gratuitamente il servizio espresso di lavanderia.

Conseguentemente Costa chiedeva il rigetto delle domande attoree e, nel denegato caso di accoglimento delle stesse, chiedeva di essere manlevata da Alitalia.

Quest'ultima si costituiva eccependo, in primo luogo, il proprio difetto di legittimazione passiva ritenendo che delle obbligazioni assunte con la vendita del pacchetto turistico doveva rispondere l'organizzatore e, quindi, Costa.

Secondariamente rilevava che, nel caso di specie, il bagaglio era stato ritrovato e che, quindi, non risultava applicabile l'art.22 della Convenzione di Montreal, ma sarebbe stato onere della parte attrice dimostrare le spese effettuate per sopperire alla mancanza dei beni contenuti nel proprio bagaglio.

Da ultimo poi contestava la possibilità di riconoscere un qualsivoglia ristoro a titolo di "vacanza rovinata" non avendo le attrici fornito nessuna prova circa la sussistenza del predetto danno.

Nel corso del giudizio Alitalia veniva ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria e ciò comportava l'interruzione del procedimento e, a seguito della riassunzione, Alitalia in amministrazione straordinaria rimaneva contumace.

Così brevemente riassunte le difese delle parti ne consegue che, in primo luogo, debba essere verificata la effettiva sussistenza, a carico delle parti convenute, degli inadempimenti lamentati dalle attrici.

A seguito del contratto intercorso tra le attrici e Costa quest'ultima ha assunto l'obbligazione di fornire un "pacchetto turistico" comprensivo di trasferimento aereo (per tramite del vettore aereo Alitalia) da Milano a Copenaghen, trasporto su nave da crociera e sistemazione in cabina doppia con trattamento di pensione completa.

Fatto pacifico e, comunque, dimostrato documentalmente (si veda documento numero 5 parte attrice) risulta l'avvenuto smarrimento del bagaglio della A. che non veniva riconsegnato all'aeroporto di sbarco di Copenaghen.

L'art.1693 c.c. prevede che il vettore è responsabile della perdita e dell'avaria delle cose consegnategli per il trasporto dal momento che le riceve a quello in cui le riconsegna se non dimostra che la perdita o l'avaria è derivata da caso fortuito: nel caso di specie tale prova non è stata fornita né allegata e, pertanto, ne consegue che la A. abbia diritto al risarcimento dei danni subiti in conseguenza di ciò.

Costa, ha, però, declinato una propria responsabilità nell'accaduto rilevando che l'evento fosse unicamente imputa-

bile ad Alitalia e sottolineando che le rivendicazioni delle passeggere potevano essere svolte solo nei confronti di Alitalia in quanto, con l'emissione del biglietto aereo, era stato posto in essere un contratto di trasporto direttamente tra passeggero e vettore aereo.

Invero dalla lettura dell'art. 93 II comma del codice consumo emerge che l'organizzatore del pacchetto turistico che si avvale di altri prestatori di servizi e' comunque tenuto a risarcire il danno sofferto dal consumatore, salvo il diritto di rivalersi nei loro confronti.

Nel caso che ci occupa non vi è dubbio che le attrici abbiano, per mezzo dell'agenzia, acquistato un "pacchetto" in cui era compreso pure il trasferimento aereo per giungere al porto d'imbarco sulla nave da crociera: nel documento di viaggio rilasciato da Costa è, infatti, inserito il numero di biglietto aereo che ha consentito alle passeggere di recarsi direttamente al check-in.

Inoltre Costa il primo giorno di vacanza ha comunicato alle attrici che avrebbe fatto tutto il possibile per reperire il bagaglio (doc.10 parte convenuta) e le ha tenute informate in merito agli sviluppi, sia pure negativi (doc.11 parte convenuta): si ritiene, quindi, che sia Costa a dovere rispondere nei confronti delle odierne attrici dello smarrimento del bagaglio, fatta salva ovviamente la possibilità di rivalersi nei confronti dell'indubbio responsabile "materiale" di ciò, ovvero il vettore aereo.

Tale conclusione viene supportata da diverse decisioni della Suprema Corte che, con riferimento all'art.14 D.lgs. 111/95, il cui contenuto è stato integralmente trasfuso nell'art.93 cod.consumo, ha dichiarato che *"l'organizzatore o venditore di un pacchetto turistico è tenuto a risarcire qualsiasi danno subito dal consumatore, a causa della fruizione del pacchetto turistico, anche quando la responsabilità sia ascrivibile esclusivamente ad altri prestatori di servizi (come il vettore), salvo il diritto a rivalersi nei confronti di questi ultimi"* (Cass.13.11.2009 n.24044). Sulla base del medesimo principio la Cassazione con sentenza n. n.5531/2008 ha cassato la decisione di merito laddove aveva assolto da responsabilità il tour operator affermando che se eventuale responsabilità poteva essere individuata, la stessa avrebbe dovuto essere imputata al vettore.

Non può, poi, assumere rilievo quanto invocato da Costa ovvero che, nel contratto di viaggio per cui è causa, tra le condizioni generali vi era la clausola (punto 16) secondo cui gli obblighi derivanti dal contratto di trasporto aereo gravavano esclusivamente sul vettore aereo. Una clausola del genere, infatti, costituisce una sorta di limitazione della responsabilità della parte con cui il consumatore ha concluso il contratto (Costa) e, quindi, risulta vessatoria e bisognosa di una approvazione specifica che, nel caso di specie, manca.

Passando, quindi a valutare il danno non vi è dubbio che debba essere applicata la legge n.12 del 2004 che ha ratificato e dato esecuzione, per il trasporto aereo internazionale, alla Convenzione di Montreal. In particolare l'art.22 II comma prevede un ampio spettro di ipotesi in quanto sancisce la responsabilità del vettore *"in caso di distruzione, perdita, deterioramento o ritardo"* limitandolo alla somma di 1000 diritti speciali di prelievo per passeggero.

Nel nostro caso, ove si è avuto lo smarrimento del bagaglio e la riconsegna, a vacanza già conclusa, della valigia, peraltro non integra, deve essere riconosciuto il predetto ristoro che, trasposto in valuta, corrisponde ad Euro 1200,00.

Passiamo, quindi, ad esaminare gli altri aspetti per i quali, se-

condo gli assunti attorei, Costa si sarebbe rivelata inadempiente: le parti attrici hanno, infatti, contestato che Costa era venuta meno, nel corso delle trattative precedenti alla conclusione del contratto, all'obbligo di informazione di cui all'art.87 cod.cons e che aveva fornito informazioni ingannevoli sulle modalità del servizio offerto non avvertendo che le escursioni in programma non erano accessibili ai disabili. Invero è la stessa documentazione prodotta dalle attrici a smentire tali assunti in quanto nel documento di viaggio (prod.19) risulta precisato, al punto 2.9, che "non tutte le aree e attrezzature delle navi sono accessibili a soggetti disabili" e che "l'organizzatore non assume l'obbligo di predisporre programmi alternativi a bordo o a terra per i passeggeri disabili" e al punto n.15.4 che "salvo diverse indicazioni, le escursioni vengono effettuate con mezzi non specificamente attrezzati per soggetti disabili".

Inoltre Costa ha prodotto le stampe relative allo scambio di comunicazioni intercorso con l'agenzia di viaggio da cui emerge che quest'ultima aveva assunto informazioni, da fornire alla cliente, in merito alle condizioni ed ai prezzi delle escursioni effettuate con mezzi adeguati a persone disabili. Il documento che contiene le quotazioni delle escursioni personalizzate è stato prodotto dalle stesse parti attrici (doc.n.3) ed inoltre la M. ha redatto una mail (prod.n.27) per rendere pubblica la vicenda occorsa a lei e alla madre, dove ha lamentato una elevata disparità tra i prezzi, relativi alle escursioni, per i normodotati ed i disabili. Tale doglianza è assolutamente comprensibile, ma evidenzia, appunto, che Costa aveva fornito le informazioni mettendo in condizione le attrici di decidere consapevolmente se e quali escursioni acquistare.

Ciò che pare il caso di sottolineare, infatti, è che le escursioni non erano ricomprese nel prezzo del pacchetto turistico essendo, per ogni viaggiatore, sia normodotato che disabile, opzionali; conseguentemente non rileva il fatto che le attrici abbiano ricevuto le predette informazioni solo dopo l'avvenuta sottoscrizione del contratto perché, in ogni caso, l'organizzazione di gite ed escursioni risultava una prestazione ulteriore rispetto a quelle pattuite con la sottoscrizione del contratto di viaggio.

Le attrici si sono poi lamentate con riferimento alla sistemazione sulla nave.

A tale proposito si rileva che Costa ha dimostrato di avere messo a loro disposizione il numero di cabina prevista nel contratto di viaggio, avente le caratteristiche ivi previste, ovvero cabina "interna" dotata di equipaggiamenti per disabili. La convenuta ha, infatti, allegato agli atti il piano nave (doc.n.24) da cui emerge che la cabina assegnata alle attrici risulta contrassegnata con la lettera "H", lettera che nella legenda, corrisponde alle "cabine per disabili". Inoltre è stato sentito come teste il sig. Andrea Bartoli, supervisore dell'armamento delle navi della flotta, il quale, presa visione della documentazione fotografica prodotta dalle attrici relativa alla cabina presso cui erano alloggiate, ha dichiarato che raffigurava una di quelle "con massima accessibilità" e, quindi, con caratteristiche ben specifiche perché priva di barriere architettoniche dalla cabina all'ingresso del bagno e dalla zona bagno alla zona doccia, dotata di una porta di accesso al bagno più larga di quelle "normali", dotata di carter (scatola di acciaio per evitare che il portatore di handicap sfiori con le gambe il sifone dell'acqua e si bruci) e dove vi sono le maniglie sul perimetro, con le necessarie interruzioni.

Alla luce di quanto sinora esposto, non si ravvisano altri profili di inadempimento a carico dell'organizzatore del viaggio

fatta eccezione per lo smarrimento della valigia della A..

In presenza, quindi, di un inadempimento meramente parziale rispetto a tutte le obbligazioni comprese nel pacchetto, quest'organo giudicante esclude che si possa giungere ad una dichiarazione di risoluzione del contratto di viaggio e, quindi, all'accoglimento della richiesta di integrale rifusione del corrispettivo versato dalle attrici.

Ciò però non esclude che la mancata riconsegna del bagaglio abbia, nel caso di specie, limitato ampiamente la possibilità per le attrici di godere della vacanza avendo creato nella A., e, di conseguenza, nella di lei figlia, una situazione di disagio, stress ed ansia legati al fatto che la A. era rimasta priva delle medicine assunte abitualmente, farmaci che, peraltro, nonostante le assicurazioni fornite dal personale di Costa, non erano state reperite nei porti di scalo.

In ragione di ciò si ritiene applicabile l'art.91 IV comma cod.consumo che prevede che "quando una parte essenziale del contratto non può essere effettuata l'organizzatore predispone adeguate soluzioni alternative" nonché il comma V del medesimo articolo che dispone che "se non è possibile alcuna soluzione alternativa o il consumatore non l'accetta per un giustificato motivo, l'organizzatore gli mette a disposizione un mezzo di trasporto equivalente per il ritorno al luogo di partenza o ad altro luogo convenuto, e gli restituisce la differenza tra il costo delle prestazioni previste e quello delle prestazioni effettuate fino al momento del rientro anticipato".

Nel caso di specie le attrici sono rientrate anticipatamente, ovvero il 18 agosto 2006 sopportando un esborso pari ad Euro 1000,00 di cui in giudizio hanno chiesto la rifusione. Costa ha assunto che, condizione necessaria per procedere a tale rimborso, fosse il fatto che la A. si sottoponesse ad una visita medica presso l'ospedale di Stoccolma: non avendo costei accettato, la convenuta ha negato di esservi tenuta. La scrivente ritiene che risulti assistito da giustificato motivo l'anticipato rientro delle attrici non essendo stato né reperito il bagaglio, né i farmaci di cui abbisognava la A. e rileva che, nel caso specifico, sarebbe risultato del tutto inutile sottoporre la attrice ad una visita medica presso un centro ospedaliero avendo già il medico di bordo constatato che la passeggera era affetta da "patologia cronica specifica" (doc.n.13 parte convenuta).

Conseguentemente Costa è tenuta non solo a rifondere le spese di volo sostenute dalle attrici per il rientro anticipato, ma anche, sulla base della sopra esposta norma, le due notti di cui le passeggera non hanno goduto.

Facendo le opportune proporzioni e, quindi, dividendo il prezzo globale del pacchetto per sette ne consegue che la vacanza, per due persone, venisse a costare, giornalmente Euro 567,14 e che Costa debba restituire quale differenza tra il costo delle prestazioni previste e quello delle prestazioni effettivamente godute Euro 1134,28.

Rimane quindi da statuire in merito alla richiesta, avanzata dalle attrici, di risarcimento del danno "da vacanza rovinata".

Al proposito si richiama la medesima decisione sopra menzionata (n.24044/2009) dove viene precisato che "il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., costituisce una categoria ampia, comprensiva ... di ogni ipotesi in cui si verifichi un'ingiusta lesione di un valore inerente alla persona, costituzionalmente garantito, dalla quale consegua un pregiudizio non suscettibile di valutazione economica".

Nel caso che ci occupa il dott. Travostini, medico di bordo, sentito come testimone, ha confermato di avere visitato la A. e di averle prescritto un farmaco (ansiolitico) avendo verifi-

cato che “era in ansia per lo smarrimento del bagaglio”.

Si può affermare, quindi, che vi sia stata una lesione del diritto alla salute, sancito dalla nostra Costituzione all’art.32 e ciò è sufficiente a fare desumere l’esistenza di un pregiudizio da determinarsi necessariamente in via equitativa che si quantifica in complessivi Euro 1500,00.

In conclusione, quindi, Costa viene condannata a rifondere la spesa del volo di rientro anticipato (Euro 1000,00), la differenza tra il costo delle prestazioni previste e quello delle prestazioni effettivamente godute (Euro 1134,28), il danno derivante dallo smarrimento del bagaglio nei limiti previsti dalla Convenzione di Montreal (Euro 1200,00) nonché il danno liquidato equitativamente di natura non patrimoniale (Euro 1500,00) e, quindi, la somma complessiva di Euro 4834,28. Ritenuto che i pregiudizi che oggi Costa viene condannata a risarcire alle attrici dipendano, sostanzialmente, dall’evento di smarrimento del bagaglio della A., per il cui trasporto Costa si è avvalsa del vettore Alitalia, accoglie la domanda di rivalsa formulata da Costa nei confronti di Alitalia in amministrazione straordinaria.

Stante il parziale accoglimento della domanda delle attrici si ritiene che le spese di giudizio debbano essere compensate nella misura della metà, con condanna di Costa alla rifusione della rimanente metà; condanna Alitalia al pagamento delle spese di giudizio sostenute da Costa Crociere S.p.A.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, ogni altra e diversa istanza, azione ed eccezione disattese:

rigetta la domanda di risoluzione del contratto svolta dalle attrici;

condanna Costa Crociere S.p.A., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, a corrispondere alle attrici A. e M., la complessiva somma di Euro 4834,28 oltre interessi legali dalla domanda giudiziale sino al saldo;

compensa, nella misura del 50%, le spese di giudizio tra le attrici e Costa Crociere S.p.A.;

(... *Omissis*...)

Corte d’Appello di Genova, sez. II civ., 16 marzo 2011, n. 288 - Pres. Maglione - Rel. Vidali - S.V. (Avv. Vignolo) c. Studio Immobiliare G. (Avv. Martini).

(Annulla Tribunale di Genova, 15 marzo 2005, n. 1209)

MEDIAZIONE e mediatore - mediazione immobiliare - conferimento di incarico in esclusiva da parte del venditore - mandato a vendere - incompatibilità.

(Art. 1754 c.c.)

MEDIAZIONE e mediatore - mediazione immobiliare - assenza della posizione di terzietà - obbligo di pagamento della provvigione da parte dell’acquirente - esclusione.

(Art. 1755 c.c.)

La scrittura di conferimento dell’incarico in esclusiva ad un mediatore immobiliare che presenta un contenuto particolarmente cogente, tale da evidenziare la comunanza di interessi tra venditore e suo delegato, configura il rapporto come mandato a vendere, escludendo di conseguenza l’istituto della mediazione e il diritto alla provvigione nei confronti di soggetti diversi dal solo mandante. (1)

Qualora il vincolo prestabilito tra mandante e preteso mediatore sia così forte da slegare il secondo dalla sua posizione di terzietà e dalle caratteristiche di occasionale autore di una messa in contatto, per renderlo longa manus degli intenti del delegante, non è giustificabile onerare il terzo contattato del pagamento di una provvigione fissata solo per rendere più appetibile la conclusione dell’affare da parte del mandatario, nell’esclusivo interesse del mandante. (2)

(... *Omissis*...)

Svolgimento del processo e motivi della decisione

Con rituale citazione del 19-10-2002 lo studio Immobiliare geom. G. conveniva S.V. nanti il Tribunale di Genova per vedere accertata l’attività di intermediazione immobiliare da lui svolta in relazione all’acquisto da parte del convenuto di un immobile sito in Genova (... *Omissis*...) di proprietà di (... *Omissis*...) e per sentir condannare il convenuto al riconoscimento delle provvigioni per l’attività espletata, pattuito nella misura del 3% del prezzo di compravendita oltre IVA, e pari ad € (... *Omissis*...).

Si costituiva il convenuto negando che fosse stata mai effettuata alcuna attività di intermediazione in relazione all’acquisto da lui effettuato, e contestando la mancata iscrizione del geometra G. al ruolo tenuto dalla camera di commercio, condizione indispensabile per il diritto al compenso; in subordine chiedeva la determinazione del quantum dovuto secondo giustizia.

Con sentenza del 15 marzo 2005 il Tribunale di Genova dichiarava che l’attività posta in essere dall’attore era da qualificarsi di intermediazione immobiliare e condannava il convenuto al pagamento in suo favore della provvigione a lui spettante, dagli usi e pari ad € (... *Omissis*...) comprensivi di Iva, oltre interessi dal giorno della domanda al saldo. Dichiarava inammissibile la domanda di condanna per responsabilità aggravata del convenuto e lo condannava alla rifusione delle spese di lite.

Avverso tale decisione proponeva appello il S.V. adducendo diversi motivi di gravame. Si costituiva lo studio immobiliare geom. G. chiedendo a sua volta il rigetto del gravame. Indi, a seguito di sostituzione del giudice relatore, la causa veniva assegnata in decisione, sulle conclusioni prese all’udienza del 14-12-2010.

Riteneva il primo giudice che fossero pacifici i fatti posti a origine della controversia e che fosse invece necessario inquadrare giuridicamente la fattispecie sottoposta a giudizio. Era risultato infatti che i proprietari avessero conferito allo studio immobiliare geometra G. l’incarico di attivarsi per la vendita del loro immobile sottoscrivendo una proposta irrevocabile di incarico a vendere in esclusiva, con la pattuizione a favore di quest’ultimo di un compenso pari al 100% dell’eventuale maggior realizzo sul prezzo di vendita, stabilito in € (... *Omissis*...). Questi aveva curato le inserzioni su un giornale locale. I genitori del convenuto avevano poi contattato l’immobiliare e visitato l’appartamento accompagnati dal G..

Il giorno 8 luglio 2002 S.V. aveva sottoscritto nei locali ove ha sede l’immobiliare, e su sua carta intestata, una proposta irrevocabile di acquisto pari ad € (... *Omissis*...) che il giorno seguente veniva accettata dai proprietari. Al momento del rogito, però, S.V. si era rifiutato di corrispondere al G. la provvigione richiesta.

Su questa base riteneva il primo giudice che, essendo sufficiente, per ravvisarsi intermediazione, l’elemento positivo dell’attività di collegamento svolta tra due parti rispetto ad

un affare da concludere, e quello negativo dell'esclusione di un legame preesistente con una di esse, risultavano irrilevanti l'inesistenza di un formale contratto di mediazione e di un formale incarico.

L'effettività dell'interposizione appariva perciò risolutiva, concretandosi in una attività ulteriore a cui ricollegare la positiva conclusione delle trattative, mentre non sarebbe rilevante a tal fine la formalizzazione dei consensi, che potrebbero dimostrarsi, come nel caso, anche per fatti concludenti. A questa stregua erano da ritenersi parimenti irrilevanti, secondo il giudice, la mancata comunicazione dei nominativi dei venditori e la mancata esaustiva informazione sulla sicurezza dell'immobile. Altrettanto irrilevante veniva ritenuta dal giudice la mancanza di imparzialità del mediatore, perché smentita dalle modalità con cui era stato pattuito il compenso con i venditori.

Col primo motivo di censura sostiene l'appellante che l'incarico conferito dai venditori al G. non fosse d'intermediazione, bensì integrasse un vero e proprio mandato a vendere, e che dunque questi andasse qualificato come mandatario, e non come mediatore. Quest'ultimo non aveva, infatti, favorito l'incontro personale tra le parti, trattando invece come fosse il venditore, e si era poi limitato a raccogliere l'assenso sulla proposta di acquisto per il prezzo di € (...Omissis...). Evidenza inoltre che questi avesse pattuito con i venditori un compenso anche in caso di rinuncia all'affare, essendo ad essi legato da un rapporto fiduciario unilaterale.

Rileva ancora di non aver effettuato alcun riconoscimento del servizio svolto in favore del compratore, e richiama la distinzione tra mandato e mediazione, rilevando che sussiste per il primo il vincolo di mandato, con assunzione dei relativi obblighi, mentre la mediazione tipica di cui all'articolo 1754 c.c. comporta un'opera posta in essere in posizione di imparzialità, ed idonea a favorire la conclusione di un affare. Ritiene invece l'appellato che il rapporto di mediazione possa ravvisarsi indipendentemente dal previo accordo delle parti sulla persona del mediatore e dal conferimento bilaterale dell'incarico. La clausola contenuta nella proposta irrevocabile di incarico in esclusiva, che fissava il diritto al compenso indipendentemente dall'attività svolta, risultava peraltro analoga agli usi vigenti in tema di mediazione, per i quali il compenso è dovuto anche nei casi in cui la vendita sia effettuata, nel periodo di vigenza dell'incarico, anche direttamente dal proprietario, nonché nel caso in cui l'immobile venga venduto ad un acquirente reperito dal mediatore anche dopo la scadenza del suo incarico, e nel caso in cui vi sia una rinuncia a vendere alle condizioni stabilite, ovvero ove non venga rispettata l'esclusività dell'incarico stesso. Evidenza quindi il G. di aver nel caso provveduto a mettere in contatto le due parti, pur senza fornire, cosa non richiesta, il nome dei venditori.

Questi gli argomenti delle parti.

Quanto agli elementi obiettivi raccolti nel corso del giudizio di primo grado, va qui anzitutto richiamato il contenuto dell'incarico conferito al G. dai venditori. Esso è stato conferito con scrittura intitolata "proposta irrevocabile di incarico in esclusiva" su carta intestata allo studio immobiliare geometra G.. Il modulo è compilato dal sottoscrittore, proprietario dell'immobile, che intendeva vendere, ed in essa è inserita la dicitura che questi "conferisce alle condizioni di seguito indicate irrevocabile ed esclusivo incarico di procurare l'acquirente dell'immobile", che viene poi descritto e per il quale viene fissato il prezzo di vendita in € (...Omissis...).

Quanto all'indicazione del compenso, è inserita a mano la dicitura "100% eventuale maggior realizzo". Viene poi indicata la durata dell'incarico fino al 31 luglio 2002. Vi è poi agli atti la proposta irrevocabile di acquisto, sempre su carta intestata studio geometra G. intermediazioni e consulenze immobiliari, proposta sottoscritta l'8 luglio 2002. In essa il prezzo offerto risulta di € (...Omissis...) con termine essenziale al 15 luglio 2002. In calce essa contiene l'accettazione dei venditori, recante la data 9 luglio 2002. Parimenti è allegata la fattura n. 109 della Immobiliare geometra G. con destinatario l'appellante che indica, solo questa, il corrispettivo convenuto nella misura del 3% del prezzo di compravendita, per un totale di € (...Omissis...) e dunque per un totale, comprensivo di Iva, di € (...Omissis...).

Sulla base di tali risultanze obiettive, e risultando incontestato e pacifico l'andamento dei fatti, non resta in questa sede che esaminare la natura dell'incarico conferito e la sua eventuale prospettabilità in termini di mandato. A tal fine occorre primariamente riassumere l'evoluzione giurisprudenziale maturatasi in tema.

Può partirsi infatti dalla interpretazione tradizionale, che individuava una netta linea di demarcazione tra mediazione e mandato, secondo cui (Cass. n. 7251/2005) "A differenza dal mandato, (nei quale il mandatario è tenuto a svolgere una determinata attività giuridica, con diritto a ricevere il compenso dal mandante indipendentemente dal risultato conseguito e, quindi, anche se l'affare non sia andato a buon fine), il mediatore, interponendosi in maniera neutra ed imparziale tra due contraenti, ha soltanto l'onere di metterli in relazione tra loro, appianarne le eventuali divergenze, farli pervenire alla conclusione dell'affare divisato (alla quale è oltretutto subordinato il suo diritto al compenso), senza che la sua indipendenza venga sostanzialmente meno anche in ipotesi di incarico unilaterale, ovvero di compenso previsto a carico di una sola delle parti (ovvero ancora in misura diseguale tra esse)". E così ancora, sempre in tema di mediazione Cass. n. 7067/2002 "Costituisce ipotesi di mediazione tipica la fattispecie in base alla quale una parte manifesti ad un mediatore il proprio interesse a vendere un bene immobile, incaricandolo di ricercare un potenziale acquirente, senza peraltro al medesimo conferire per iscritto mandato a vendere ovvero il potere di vendere a nome suo, ne' impegnandosi a versargli comunque un corrispettivo per l'attività svolta, anche in caso di mancata conclusione dell'affare" (conf. 11244/2003).

Successivamente, però, la Corte ha esteso il concetto di mediazione, desumendolo dalle caratteristiche fattuali, a prescindere dalla possibilità di ravvisare un vero e proprio accordo negoziale.

Si veda Cass. n. 23842/2008, per cui "Il diritto del mediatore alla provvigione, ai sensi dell'art. 1754 cod. civ., nasce sulla sola base della conclusione di un affare e a condizione che quest'ultimo risulti in rapporto causale con l'attività svolta dal mediatore, il quale potrà assolvere il suo compito sia secondo il modello della "mediazione di contratto" (favorendo, cioè, l'utile contatto tra le parti), sia attraverso fattispecie mediatizie che non presuppongono un formale accordo tra le parti e si caratterizzano per la loro atipicità negoziale, sì da doversi ritenere non esaustivo il sintagma "contratto di mediazione".

Sempre sulla mediazione c.d. "atipica" la Corte aveva già spiegato che (Cass. 19066/2006) "È configurabile, accanto alla mediazione ordinaria, una mediazione negoziale cosiddetta atipica, fondata su un contratto a prestazioni corri-

spettive, con riguardo anche ad una soltanto delle parti interessate (c.d. mediazione unilaterale). Tale ipotesi ricorre nel caso in cui una parte, volendo concludere un affare, incarichi altri di svolgere un'attività intesa alla ricerca di un persona interessata alla conclusione del medesimo affare a determinate, prestabilite condizioni. Essa rientra nell'ambito di applicabilità della disposizione prevista dall'art. 2, comma quarto, della legge n. 39 del 1989, che, per l'appunto, disciplina anche ipotesi atipiche di mediazione, stante la rilevanza, nell'atipicità, che assume il connotato della mediazione, alla quale si accompagna l'attività ulteriore in vista della conclusione dell'affare", individuando, peraltro, quale condizione di riconoscimento dell'attività compiuta, il meccanismo dell'iscrizione all'albo dei mediatori".

A tale interpretazione viepiù articolata ed estensiva, che aveva elaborato il concetto di mediazione unilaterale assottigliando così il ruolo equidistante dalle parti proprio dell'incaricato, non poteva che corrispondere la necessità di meglio distinguere l'istituto dal contratto di mandato, che con la mediazione rischiava inevitabilmente di sovrapporsi. La S.C. è giunta perciò a specificare in tema (Cass. 2433/2008) che "Per stabilire se un contratto abbia natura di mandato o di mediazione non è sufficiente fare riferimento all'esistenza o meno di un potere di rappresentanza in capo alla persona incaricata del compimento dell'affare (in quanto anche il mediatore può assumere la rappresentanza dell'intermediato), né è sufficiente avere riguardo all'oggetto dell'incarico (potendo la mediazione essere preordinata alla stipula di qualsiasi contratto, ivi compresi quelli di finanziamento) occorrendo, invece, avere riguardo alla natura vincolante o meno dell'incarico, in quanto mentre il mandatario ha l'obbligo di eseguirlo, il mediatore ha la mera facoltà di attivarsi per mettere in relazione le parti".

Su questa scia si colloca la sentenza n. 16382/2009, invocata dall'appellante, che è giunta ad ulteriormente specificare i caratteri distintivi tra i due istituti, affermando che "Il conferimento ad un mediatore professionale dell'incarico di reperire un acquirente od un venditore di un immobile dà vita ad un contratto di mandato e non di mediazione, essendo quest'ultima incompatibile con qualsiasi vincolo tra il mediatore e le parti. Da ciò consegue che nell'ipotesi suddetta il c.d. "mediatore": (a) ha l'obbligo, e non la facoltà, di attivarsi per la conclusione dell'affare; (b) può pretendere la provvigione dalla sola parte che gli ha conferito l'incarico; (c) è tenuto, quando il mandante sia un consumatore, al rispetto della normativa sui contratti di consumo di cui al d.lgs. n. 206 del 2005; (d) nel caso di inadempimento dei propri obblighi, risponde a titolo contrattuale nei confronti della parte dalla quale ha ricevuto l'incarico, ed a titolo aquilano nei confronti dell'altra parte".

E', dunque, il carattere vincolante dell'obbligo di attivazione del mandatario in favore del mandante il carattere scriminante tra queste fattispecie, almeno in parte sovrapponibili. Solo ove l'obbligo sia vincolante, infatti, il delegato agisce in totale sostituzione del mandante, in virtù di un esclusivo rapporto fiduciario e per il suo solo interesse.

A tale affermazione la Corte è giunta attraverso una dettagliata articolazione del proprio ragionamento.

E' infatti appositamente partita dall'individuazione di una c.d. mediazione atipica, affermando "... anche sulla base, in parte, di quanto recentemente affermato da questa Corte (in particolare le sentenze nn. 24333/2008 e 19066/2006) che, oltre alla mediazione c.d. ordinaria o tipica di cui all'art. 1754 c.c., consistente in un'attività giuridica in senso stretto,

è configurabile una "mediazione" di tipo contrattuale che risulta correttamente riconducibile, più che ad "una mediazione negoziale atipica", al contratto di mandato. Accanto, infatti, all'ipotesi delineata dall'art. 1754 c.c., i disposti di cui agli artt. 1756 e 1761 c.c., supportano l'eventuale configurazione di un vero e proprio rapporto di mandato ex art. 1703 c.c.. La previsione tipica di cui all'art. 1754 c.c., individuando nel mediatore "colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione di dipendenza o di rappresentanza", pone in rilievo tre aspetti: a) l'attività di mediazione prescinde da un sottostante obbligo a carico del mediatore stesso, perché posta in essere in mancanza di un apposito titolo (costituente rapporto subordinato o collaborativo); b) "la messa in relazione" delle parti ai fini della conclusione di un affare è dunque qualificabile come di tipo non negoziale ma giuridica in senso stretto; c) detta attività si collega al disposto di cui all'art. 1173 c.c., in tema di fonti delle obbligazioni, e, specificamente, al derivare queste ultime, oltre che da contratto, da fatto illecito, o fatto, da "ogni altro atto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico" (nel senso, quindi, che l'attività del mediatore è dallo stesso legislatore individuata come fonte del rapporto obbligatorio nel cui ambito sorge il diritto di credito alla provvigione di cui all'art. 1756 c.c.). Ha ulteriormente specificato poi che "Appare preferibile ritenere l'attività in oggetto (per quanto "di regola" previsto nel codice civile) quale giuridica in senso stretto e non negoziale, non solo perché, riconducendosi all'antica distinzione tra atto e negozio, gli effetti della stessa sono specificamente predeterminati dallo stesso legislatore (con particolare riferimento a detta provvigione) ma soprattutto perché non vi è alla base della stessa un contratto (rectius: regolamento di interessi "preventivamente" concordato dal mediatore con una o più parti); ciò comporta che il mediatore, sempre per quanto configurato nell'art. 1754 c.c., acquista il diritto alla provvigione (a condizione della conclusione dell'affare) non in virtù di un negozio posto in essere ai sensi dell'art. 1322 c.c., (in tema di autonomia contrattuale) ed i cui effetti si producono ex art. 1372 c.c. ("il contratto ha forza di legge tra le parti", nel senso che l'efficacia contrattuale è giuridicamente vincolante) bensì sulla base di un mero comportamento (la messa in relazione di due o più parti) che il legislatore riconosce per ciò solo fonte di un rapporto obbligatorio e dei connessi effetti giuridici. Ciò non toglie, per come già esposto, che l'attività del c.d. mediatore possa essere svolta anche sulla base di un contratto di mandato".

Le conclusioni di tale ragionamento hanno quindi portato la S.C. ad affermare "Ne deriva, come spesso avviene nella prassi (e come è facile rinvenire nei contratti standard di mediazione immobiliare, ove appunto si indica nella maggior parte dei casi, un mandato o un incarico a vendere o ad acquistare beni immobili), che il mediatore in molti casi agisca non sulla base di un comportamento di mera messa in contatto tra due o più soggetti per la conclusione di un affare (attività giuridica in senso stretto che prescinde da un sottostante titolo giuridico) rna proprio perché "incaricato" da una o più parti ai fini della conclusione dell'affare (generalmente in ordine all'acquisto o alla vendita di un immobile); in tal caso risulta evidente che l'attività del mediatore-mandatario è consequenziale all'adempimento di un obbligo di tipo contrattuale (e dunque, ex art. 1173 c.c., questa volta riconducibile al contratto come fonte di obbligazioni)", concludendo poi che "Del resto, come già detto, è la stessa giurisprudenza della Corte a prospettare

la possibilità che tra mediatore ed una delle parti intercorra un rapporto di tipo contrattuale (da ultimo, Cass. n. 8374/2009), salvo poi a verificare la compatibilità di questo con la mediazione con senso tipico. Ciò posto, è ovvio che per il mediatore, a seconda se agisca senza mandato sulla base della generale previsione di cui all'art. 1754 c.c. oppure quale incaricato-mandatario, muti il regime della sua responsabilità". Ciò inevitabilmente implica, quale ulteriore declinazione dei principi fissati dalla Corte che, come muta, a seconda della qualificazione del mediatore, (con o senza mandato) il regime delle responsabilità, muti anche quello dei diritti, primo fra tutti il diritto al compenso.

Ebbene, ritiene il collegio del tutto condivisibile tale lettura, non dovendosi trascurare il fatto che, nella prassi quotidiana, i soggetti intenti a procurare l'acquirente di un bene immobile agiscono sulla mera ed esclusiva spinta del venditore, che in taluni casi può intendere legarli a sé con un vincolo di assoluta proficuità.

Connettere a ciò effetti obbligatori anche per una parte del tutto accidentalmente coinvolta nello stretto rapporto che lega i primi due soggetti significa pregiudicarla, a prezzo di un interesse non valutato negoziabilmente.

Non a caso la discriminante della casistica deriva dal fatto che, per talune ipotesi, il riconoscimento dell'attività prestata consegue direttamente al comportamento posto in essere dal mediatore, dall'attività da questi prestata, risolvendosi pertanto nelle caratteristiche del fatto, per le quali il requisito della messa in contatto è assolutamente dominante ed assorbente, mentre per altre la definizione dei rapporti tra le parti è del tutto negoziabilmente predeterminata.

In un caso le modalità attuative dell'incarico, necessariamente successive e verificabili ex post, sottintendendo una sorta di obbligazione di risultato, consentono all'attività svolta ed al suo esito, la conclusione dell'affare, un riconoscimento giuridico postumo, nell'altro la qualificazione del rapporto risulta del tutto anticipata ed esaurita al momento stesso della conclusione negoziale.

E' proprio tale anticipazione, allora, nella sua puntualità formale, a permettere al contratto concluso la definizione esauritiva del rapporto che ne deriva, a prescindere del tutto dal suo esito. La consumazione, anticipata o posticipata, degli esiti giuridici del rapporto tra le parti si pone dunque a discriminare delle due fattispecie.

Ne consegue che, qualora il vincolo prestabilito sia così forte da slegare l'intermediario dalla sua posizione di terzietà e dalle caratteristiche di occasionale autore di una messa in contatto, per renderlo *longa manus* degli intenti del delegante, non appare più giustificabile onerare anche il terzo contattato dell'onere di una provvigione fissata solo per rendere più appetibile la conclusione dell'affare da parte del mandatario, nell'esclusivo interesse del mandante.

Più è cogente il vincolo col delegante, il suo agire per il solo interesse di quest'ultimo, al punto da vedere incentivata economicamente la propria attività, ed intensificato il rapporto fiduciario in radice, e meno, a dispetto di un inconsistente sinallagma, potrà riconoscersi un corrispettivo che gravi anche su di un soggetto rimasto estraneo a questo compito.

Tali condivisibili principi risultano allora ben enucleabili nella fattispecie.

Si è visto, infatti, che la scrittura di conferimento dell'incarico in esclusiva risultava particolarmente cogente ed esauritiva nel suo contenuto. In essa è infatti stabilito che l'interessato conferiva "alle condizioni di seguito indicate irrevocabile ed esclusivo incarico di procurare l'acquirente

dell'immobile...". Era poi fissato il prezzo di vendita in € (...Omissis...) e la previsione del compenso dell'incaricato pari al 100% dell'eventuale maggior realizzo.

Tale individuazione non può che accentuare quel carattere di vincolatività per il mandatario sopra evidenziata. Non si dice, infatti, che il mandatario avrebbe ottenuto un compenso in percentuale in caso di conclusione dell'affare, come usualmente accade per le ipotesi mediatriche, bensì, al fine evidente di incentivare il mandatario ancor di più, e di vincolarlo maggiormente al mandato conferitogli, che avrebbe ottenuto addirittura il totale, il 100%, di ogni maggior realizzo rispetto al prezzo fissato.

Si noti poi che il compenso dell'incaricato è prefissato in termini ben determinati, in quanto l' "eventuale", l'eventualità dunque, menzionata in scrittura non è connessa alla conclusione o meno dell'affare (connotazione ordinaria della mediazione) cui subordinare il diritto alla provvigione, ma solo al *quantum* del dovuto, in caso di realizzo.

La connotazione del compenso, che fissa un tetto del *quantum*, nell'evidente interesse del venditore (poco importa che sia stato poi ribassato, ciò sarà stato ritenuto pur sempre conveniente da parte dello stesso) ed una clausola vantaggiosa ed aperta in favore del delegato, non può che confermare il carattere contrattuale e strettamente vincolante dell'incarico conferito.

A riprova di ciò, si osservi che la proposta irrevocabile di acquisto sottoscritta dal promittente acquirente non risulta contenere, diversamente da quanto usualmente accade, alcuna previsione del compenso al presunto mediatore, nessuna indicazione di quella provvigione che, altrimenti, viene immediatamente pattuita o evocata col richiamo agli usi locali, segno ulteriore del fatto che a ciò era obbligato unicamente il mandante-venditore.

Il combinato di tali elementi documentali non può che indurre, dunque, a far ritenere che, nel caso, fosse stato conferito da parte del venditore un vero e proprio mandato a vendere, la cui conseguenza è l'esclusione di qualsiasi diritto alla provvigione da parte di soggetti diversi dal solo mandante.

In questo senso, pertanto, il gravame pare fondato e va accolto.

La difficoltà interpretativa degli istituti involti e la particolarità del caso induce all'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunziando, in accoglimento dell'appello, respinge la domanda svolta dallo Studio Immobiliare G. nei confronti di S.V.; condanna lo Studio Immobiliare geom. G. a restituire a S.V. la somma percepita in virtù della decisione di primo grado, oltre interessi e rivalutazione dal pagamento al saldo; compensa integralmente tra le parti le spese di lite di entrambi i gradi.

(1-2) Evoluzioni dell'istituto della mediazione e prassi contrattuali difformi.

La sentenza in commento presenta un notevole interesse per i suoi effetti pratici, potenzialmente rivoluzionari, nei frequenti rapporti commerciali con le cc.dd. "agenzie immobiliari".

Come si accenna nella sentenza, è infatti prassi delle agenzie formalizzare i rapporti con la clientela attraverso moduli intestati "conferimento di incarico in esclusiva".

I moduli vengono fatti sottoscrivere alla parte venditrice (sovente anche a quella acquirente) e presentano una peculiare vincolatività giuridica che ha fatto sorgere, nel corso degli anni, un crescente contenzioso in tema di clausole vessatorie, ad esempio circa il perimetro del patto di esclusiva e la presenza di penali di “uscita” dall’affare manifestamente eccessive rispetto alle obbligazioni assunte dal mediatore-mandatario.

La novità della sentenza della Corte d’Appello di Genova incide su un altro aspetto, finora rimasto pressoché misconosciuto in giurisprudenza: la posizione della *parte acquirente* rispetto a colui che si presenta esternamente nelle vesti di mediatore, pur avendo previamente acquisito un mandato professionale dai venditori dell’immobile.

Facendo leva sulla pronuncia della Corte di Cassazione n° 16389/2009 invocata dalla parte appellante - condannata in primo grado al pagamento della provvigione nella misura d’uso di piazza - la Corte genovese ribalta un consolidato principio giurisprudenziale che consentiva la coesistenza di mediazione e mandato.

La S.C. ha sempre ritenuto che il mediatore non perdesse la propria qualifica pur in presenza del conferimento (unilaterale o bilaterale) di un mandato, dando così luogo alla c.d. “mediazione atipica”.

L’effetto concreto di questo principio era che, pur in presenza di un sottostante mandato, il mediatore veniva ugualmente considerato nella posizione di “terzietà” ed

“indifferenza” rispetto alle parti coadiuvate, con conseguente diritto alla provvigione nei confronti di ambo le parti (cfr. Cassazione Civile 19066/2006), anche se questa ambiguità comportava di fatto la sovrapposizione tra mediazione e mandato, in potenziale conflitto con l’art. 1754 c.c.

La Corte genovese, attraverso la puntuale analisi della scrittura di conferimento dell’incarico fatta firmare dallo studio immobiliare ai venditori, spazza via questa ambiguità di fondo entrando nel merito dell’assetto economico-giuridico dell’operazione globale.

Di fronte ad un obbligo giuridico assunto dal mediatore, tale da renderlo addirittura beneficiario di un assetto provvigionale di peculiare favore in caso di effettiva vendita dell’immobile, l’esclusivo rapporto fiduciario mandante-mandatario consuma in sé l’intero fenomeno economico, lasciando fuori da perimetro contrattuale il terzo contattato (*rectius*, contattante) per la formazione dell’accordo sulla futura compravendita, anche se oggettivamente avvantaggiato dalla prestazione dell’apparente mediatore.

Di conseguenza, attesa l’incompatibilità ontologica tra mandato e mediazione indicata dall’art. 1754 c.c., la parte beneficiaria della (apparente) mediazione rimane estranea al (previo) contratto di mandato, con esonero dal pagamento di qualsivoglia provvigione.

Alessandro Barca

Massime

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 30 maggio 2012 - Pres. Sanna - Rel. Castiglione - C. (Avv.ti Gianardi) c. B.

APPALTO - garanzia - inadempimento - difetti - risoluzione - requisiti.

(Art. 1453 c.c., Art. 1688 c.c.)

APPALTO - clausola penale - risoluzione - incompatibilità.

(Art. 1382 c.c., art. 1453 c.c.)

La garanzia dell'appaltatore, ai fini della risoluzione del contratto di appalto, richiede un inadempimento più grave di quello normalmente richiesto per la risoluzione dei contratti: infatti ai sensi dell'art. 1688 comma 2 c.c. la risoluzione può essere pronunciata solo se i vizi dell'opera sono tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione; diversamente il committente può chiedere, a sua scelta, che i vizi siano eliminati a spese dell'appaltatore o che il prezzo sia proporzionalmente diminuito.

La garanzia dell'appaltatore per i vizi e le difformità di esecuzione dei lavori, come disciplina speciale dell'appalto, non esclude l'applicazione dei principi generali in tema di inadempimento del contratto, che sono applicabili, non ricorrendo i presupposti della garanzia, quando l'appaltatore non esegue integralmente l'opera, o se l'ha eseguita si rifiuta di consegnarla al committente: nella sostanza non dà completa e regolare esecuzione al contratto. In tal caso, al fine di accertare la responsabilità dell'appaltatore per l'inesatto adempimento del contratto non è consentito fare ricorso alla disciplina della garanzia, che richiede necessariamente il totale compimento dell'opera, dovendosi applicare la comune responsabilità contrattuale per inadempimento od inesatto adempimento del contratto.

In materia di contratti di appalto, la clausola penale contrattuale prevista per il ritardo nell'esecuzione dei lavori deriva la propria causa dal contratto, essendo preordinata a rafforzare il vincolo contrattuale e ad assicurare al committente il puntuale adempimento e l'esatta osservanza delle obbligazioni contrattuali. Tale clausola non è pertanto compatibile con la risoluzione del contratto di appalto, che comportando la cessazione degli effetti del contratto, fa venir meno gli effetti di tutte le clausole in esso contenute.

Il pagamento del controvalore delle opere non eseguite dall'appaltatore rappresenta un risarcimento dei danni in forma specifica incompatibile con la risoluzione del contratto. Questa postula, infatti, il ripristino della situazione esistente prima della stipulazione del contratto, come se questo non fosse mai stato stipulato e non avesse mai avuto esecuzione tra le parti. Non è pertanto possibile chiedere contemporaneamente l'adozione di un rimedio, di natura soddisfattoria, volto a produrre gli stessi effetti che sarebbero derivati dall'adempimento del contratto. In tal caso infatti la risoluzione contrattuale apporterebbe un duplice beneficio al soggetto che la chiede e cioè di ottenere la restituzione di ciò che ha dato e nel contempo di conseguire le utilità che gli sarebbero derivate dalla regolare esecuzione del contratto.

(Conforme: Cass., 18.04.11, n.8889).

Tribunale di Chiavari, 13 ottobre 2010, Giudice Porrini - E. (Avv. Delucchi Baroni) c. Ministero dell'Interno e Prefettura di Genova (Avvocatura dello Stato).

CIRCOLAZIONE stradale - opposizione sanzione amministrativa - appello - competenza territoriale.

(Art. 22 legge n. 689 del 1981, art. 7 del R.D. 1611/1933, art. 25 c.p.c)

CIRCOLAZIONE stradale - nullità del verbale di contestazione - obbligo di taratura dell'apparecchiatura - obbligo di informazione del controllo elettronico della velocità - carenza prova.

(D.D. n. 1123/2005, art. 4 della legge n. 168/2002)

La specialità del procedimento di opposizione alle sanzioni amministrative disciplinato dalla legge n. 689 del 1981 e la conseguente ultrattività del rito di primo grado consentono di derogare alla disciplina generale e, quindi, anche ai criteri generali di determinazione della competenza del giudice.

L'operatività del criterio di competenza del foro erariale ai sensi dell'art. 7 del R.D. 1611/1933 e dell'art. 25 c.p.c. è destinata, quindi, a venir meno in presenza di norme attributive di speciale competenza territoriale o funzionale.

Pertanto, anche nel giudizio di secondo grado trova applicazione l'art. 22 della legge n. 689 del 1981 sulla competenza funzionale e per territorio del Giudice del luogo della commessa violazione, con la conseguenza che l'appello avverso le sentenze del Giudice di Pace nei giudizi di opposizione a sanzione amministrativa non si propone dinanzi al Tribunale del luogo dove ha sede l'Ufficio dell'Avvocatura dello Stato, bensì dinanzi al Tribunale nel cui distretto è ricompreso l'Ufficio del Giudice di Pace che ha emesso la sentenza appellata.

Il verbale di contestazione è nullo se l'Amministrazione irrogante, in caso di contestazione, non assolve all'onere probatorio su di essa gravante quale parte attrice in senso sostanziale nel giudizio di opposizione a sanzione amministrativa (Cass. n. 14040/2007), di dimostrare l'effettuazione della periodica taratura e/ revisione-verifica presso un centro autorizzato S.I.T. o presso lo stesso costruttore del macchinario di rilevamento a distanza della velocità, nel caso in cui questa esigenza di controllo venga espressamente richiesta dal costruttore nel manuale d'uso, depositato presso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, al fine di prevenire variazioni tendenti a compromettere l'idoneità dell'apparecchiatura stessa.

(Conforme: Cass. n. 11273/2010).

Il verbale è, altresì, nullo se l'Amministrazione irrogante, in caso di contestazione, non prova di aver adempiuto all'obbligo di fornire agli automobilisti adeguata informazione che il tratto di strada era assoggettato a controllo elettronico della velocità mediante apposita segnaletica”.

N.OR.

Tribunale di Genova, 21 febbraio 2012, n. 689 - Giudice Unico Mela - Term. S.r.L c. Gam. Service S.r.L.

COMPETENZA civile - competenza per valore - somme

EU.MI.

di denaro e beni mobili - determinazione del valore in genere - criteri.

(Art. 10 c.p.c.)

OBBLIGAZIONI in genere - inadempimento - prova - ripartizione.

(Artt. 1218 e 2697 c.c.)

La competenza si determina in base al deductum e non al decism, cioè in base alle richieste dell'attore e non in base ai limiti entro i quali la domanda potrebbe essere accolta, dovendosi fare riferimento all'oggetto della domanda e non all'oggetto dell'accertamento che il giudice deve compiere quale antecedente logico per decidere del fondamento della domanda.

In tema di onere della prova e di sua ripartizione tra il soggetto attivo ed il soggetto passivo del rapporto obbligatorio, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'inadempimento, deve soltanto provare la fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza di inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento e, anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento della obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento.

(Conforme: Cass., SS.UU., n. 13533/2001)

L.GRB.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 17 novembre 2010 - Giudice Unico La Mantia - Condominio di G. (Avv. Capurro) c. A.G. (Avv. ti Crovetto e Di Pietro).

COMUNIONE e condominio - compenso dell'amministratore - verbale di passaggio di consegne - prova scritta a pronunciare ingiunzione di pagamento - esclusione - delibera di approvazione da parte del condominio - necessità.

(Art. 634, c.p.c.)

COMUNIONE e condominio - revoca dell'amministratore - danni per non corretta gestione del caseggiato - sussistono.

(Artt. 1129, 1226 c.c.)

Va revocato il decreto ingiuntivo che sia stato emesso sulla base dei conteggi risultanti dal verbale di passaggio di consegne tra il vecchio amministratore del condominio ed il nuovo nominato in sua sostituzione, spettando all'assemblea dei condòmini approvare detti conteggi in sede di consuntivo onde confrontarli con il preventivo ovvero valutare l'opportunità delle spese affrontate d'iniziativa dall'amministratore (Cass. 04/06/1999 n. 5449).

L'omessa resa dei conti per tre anni consecutivi e la mancata convocazione delle assemblee da parte dell'amministratore del condominio (nella specie, revocato ex art. 1129 c.c.) comporta la sua responsabilità per le conseguenze pregiudizievoli derivatene al condominio stesso; i relativi danni vanno liquidati in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c., considerandosi il protrarsi delle condotte scorrette poste in essere dall'amministratore e delle vicende processuali che il condominio ha dovuto affrontare.

A.M.OC.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 17 novembre 2010 - Giudice Unico La Mantia - C. (Avv. Cepollina) c. Condominio di G. (Avv. Petrelli).

COMUNIONE e condominio - pari uso della cosa comune - nozione - utilizzo del cavedio interno per il passaggio di tubazioni e canale di ventilazione di una parte esclusiva - ammissibilità - illegittima costituzione di servitù - esclusione.

(Art. 1102, c.c.)

Per pari uso della cosa comune si ritiene, secondo legge, quello che non impedisca agli altri partecipanti al condominio di fare parimenti uso della cosa comune; tuttavia, il "pari uso" non deve intendersi in senso di "uso identico", perché l'identità nello spazio e nel tempo potrebbe importare un ingiustificato divieto di ogni condòmino di fare un uso particolare o un uso a proprio esclusivo vantaggio.

(Conforme: Cass. n. 11268/1998).

È consentito al condòmino di utilizzare un cavedio comune al fine di far passare tubazioni di acqua ed un canale di ventilazione, le cui modalità di installazione non alterino il decoro architettonico o non arrechino pregiudizio alla stabilità dell'edificio.

Tale utilizzo non costituisce costituzione di servitù a carico del caseggiato, dato che l'installazione delle opere comporta un utilizzo della cosa comune finalizzato al migliore godimento della parte di edificio di proprietà esclusiva e non invece di una unità.

(Conforme: Cass. n. 17868/2003).

A.M.OC.

Tribunale di Genova, 13 maggio 2011, Pres. Viazzi, D. (Avv. Brea) c. X e c. Cond. (Avv. Campagna).

COMUNIONE e condominio - intervento volontario non adesivo dipendente - ampliamento accertamento - conflitto con natura del procedimento di accertamento tecnico preventivo - sussiste - intervento inammissibile.

(Art. 696 c.p.c.)

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

SA.COM.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 18 novembre 2011, n. 4110 - Giudice Unico Vinelli - D.R. C. (Avv. Delfino) c. C. (Avv. Parodi).

COMUNIONE e condominio - delibere - annullabilità - condòmino dissenziente - onere della prova - necessità.

(Art. 1137 c.c.)

In tema di annullamento di delibere condominiali, i soggetti legittimati ad agire in giudizio sono unicamente i condòmini assenti o dissenzienti; pertanto, nella specie, anche se l'attore ha allegato di avere espresso dubbi circa le spese condominiali in delibera, non è stata fornita la prova che compete al condòmino, ai fini della impugnativa, ovvero di avere espresso il proprio dissenso attraverso il voto negativo, con la conseguenza che la domanda deve essere respinta.

F. CUD.

Tribunale di Savona 30 dicembre 2011 - Giudice Unico Princiotta - E. (Avv. Delfino) c. C. (Avv. Audino).

COMUNIONE e condominio - regolamento condominiale - assemblea - convocazione - verbale - impugnazione - termine.

(Artt. 1120, 1136, 1137 c.c.)

In presenza di un regolamento condominiale il quale preveda che l'assemblea condominiale sia convocata tramite avviso individuale da inviarsi ai singoli condomini per lettera raccomandata, il mancato rispetto di tale prescrizione rende annullabile la deliberazione assunta dall'assemblea straordinaria di condominio convocata senza le predette formalità.

In tema di delibere di assemblee condominiali, è annullabile ex art. 1137 c.c. la delibera il cui verbale contenga omissioni relative alla individuazione dei singoli condomini assenzienti, dissenzienti, assenti o al valore delle rispettive quote (nella specie, dal verbale di assemblea non risultava l'indicazione dei condomini che avevano votato a favore). (Conf. Cass. Civile. Sez. Un. 7 marzo 2005, n. 4806)

La delibera dell'assemblea condominiale avente ad oggetto la soppressione di un bene di proprietà comune a tutti i condomini (nel caso di specie un impianto di riscaldamento centralizzato) incidendo sui diritti di ciascuno di essi, deve essere assunta con deliberazione totalitaria e non con una semplice maggioranza.

In materia di condominio negli edifici e di impugnazione delle delibere assembleari il termine di decadenza previsto dall'art. 1137 c.c. ha natura non processuale, ma sostanziale e, quindi, non essendo sottratto alla disponibilità delle parti, la decadenza non può essere rilevata d'ufficio dal giudice, e di conseguenza, l'eccezione non può essere proposta per la prima volta in sede di comparse conclusionali

EU.MI.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 26 aprile 2012 - Giudice Unico Vinelli - R. (Avv. Grilli) c. Condominio Via Zara (Avv. Frumento).

COMUNIONE e condominio - assemblea - deliberazioni - delibera di installazione di un ascensore ex lege n. 13/1989 nel vano scale a cura e spese di alcuni dei condomini - accettabile lesione del decoro e modesto restringimento del vano scale - irrilevanza - funzione sociale della proprietà ex art. 42 Cost. e lettura costituzionalmente orientata dell'art. 1120, 2 comma, c.c. - necessità.

(Art. 1220 c.c.; L. 9 gennaio 1989 n.13)

La delibera dell'assemblea di condominio con la quale è stata decisa, a cura e spese di alcuni dei condomini, l'installazione di un ascensore ex lege n. 13/1989 nel vano scala condominiale è legittima, anche se comporta un'accettabile compromissione del decoro architettonico e/o un modesto restringimento di spazi comuni, in quanto l'esigenza di garantire un accesso alle proprietà esclusive a soggetti con ridotta capacità motoria, rispondente ai principi costituzionale della funzione sociale della proprietà (articolo 42), deve prevalere su gli interessi menzionati nella seconda parte dell'art. 1120, 2 comma, c.c. aventi mera rilevanza economica.

G.B.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 24 maggio 2012, n. 599 - Pres. Maglione - Rel. Oddone - I. (Avv. Buffa e Sbrana) c. C. (Avv. Gualco) e c. C. (Avv. Marazza).

COMUNIONE e condominio - parti comuni - presunzione.

(Art. 1117 c.c.)

COMUNIONE e condominio - muro divisorio - comunione - spese - ripartizione.

(Art. 880 c.c.)

La presunzione di comunione del muro di cui all'art. 1117 c.c., peraltro non tassativa, è invocabile solo quando al momento della costruzione dell'edificio, l'area e gli edifici siano appartenuti ad una stessa persona, sempre che il contrario non risulti dal titolo.

Per determinare la proprietà di un muraglione di sostegno di un terrapieno non può non tenersi conto delle ragioni per cui lo stesso a suo tempo è stato costruito, nonché dei rogiti al riguardo intervenuti (nella specie, il muro di sostegno risultava di proprietà condominiale in quanto si era reso necessario per la sistemazione dell'area su cui l'edificio condominiale era stato realizzato, ed al quale l'intero terreno era asservito).

Il soggetto che si addossa con una bassa costruzione ad un muraglione di sostegno di un terrapieno asservito ad un edificio condominiale ne acquista la comunione ai sensi dell'art. 880 c.c. per la sola parte bassa usufruita, rimanendo la parte alta di esclusiva proprietà condominiale.

L'onere delle spese concernenti il muro comune e provocate dal fatto di uno dei partecipanti è connesso alla responsabilità personale di questo e grava solo sul soggetto che vi ha dato causa, per cui non si trasferisce al soggetto che gli è succeduto a seguito del trasferimento del diritto reale.

EU.MI.

Tribunale di Genova, sez. I. civ., 12 dicembre 2011, n. 4445 - Giudice Unico Mauzeri - F. (Avv. Vigotti) c. Croce Rossa Italiana (Avvocatura dello Stato).

CONTRATTI della P.A. - compravendita - facoltà di concludere il contratto mediante trattativa privata - esclusione - inesistenza.

(Art. 1 D.P.R. 613/1980; Artt. 3 e 17 R.D. 2440/1923; Artt. 36 e 37 co. 1 R.D. 827/1924; Art. 1 co. 1 bis L. 7 agosto 241/1990)

CONTRATTI della P.A. - compravendita di arredi nulla per difetto di accordo - arricchimento senza causa - condizioni - esecuzione di prestazione economicamente vantaggiosa per l'Ente pubblico e riconoscimento anche implicito, da parte di quest'ultimo, dell'utilità della stessa - sussistono - obbligo di restituzione in natura - sussiste.

(Art. 2041 co. 1 e 2 c.c.)

La Croce Rossa Italiana, ai sensi dell'art. 1 D.P.R. 613/1980 ha natura di Ente pubblico dotato di personalità giuridica pubblica e, in quanto tale, è assoggettata alla disciplina valevole per gli enti pubblici, fra cui vi è l'obbligo di seguire le procedure di evidenza pubblica ogniqualvolta si tratti di stipulare un contratto da cui derivi un'entrata o una spesa.

In particolare, l'art. 3 R.D. 2440/1923 (legge generale di contabilità dello Stato) e l'art. 37 co. 1 R.D. 827/1924 (regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità gene-

rale dello Stato) prevedono che la stipula di ogni contratto avente tale oggetto_ e, quindi, anche le compravendite, in base all'art. 36 R.D. 827/1924_ debba essere preceduto da una gara, salvo che non ricorrano le ipotesi eccezionali in cui la Pubblica Amministrazione è legittimata ad impiegare il modulo della trattativa privata. Indicati dalla normativa sopra citata e da altre leggi speciali.

Al di fuori di tali ultime ipotesi, il ricorso alla trattativa privata per la compravendita di beni comporta, dunque, l'inesistenza del negozio.

Al medesimo riguardo non può invocarsi in contrario l'art. 1 co. 1-bis della L. 7 agosto 241/1990, il quale dispone che «La Pubblica Amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente», in quanto il procedimento di scelta del contraente costituisce manifestazione di poteri autoritativi.

(Nel caso di specie, peraltro, il Giudice ha stabilito quanto sopra in via del tutto teorica, poiché, in concreto, la fornitura degli arredi eseguita dalla società attorea in favore del Comitato Provinciale di Genova della Croce Rossa Italiana e destinati ad un centro di accoglienza dei bambini in cura presso l'Ospedale Gaslini e dei loro familiari non era sorretto da un valido contratto, per difetto di accordo fra le parti de quibus).

Ove l'azione di arricchimento senza causa sia proposta nei confronti di un Ente pubblico, deve ricorrere, oltre al fatto materiale dell'esecuzione di una prestazione per esso economicamente vantaggiosa, altresì, il riconoscimento da parte di quest'ultimo della sua utilità; tale ultimo elemento può essere integrato anche in via implicita, mediante l'utilizzazione dell'opera e/o della prestazione secondo una destinazione oggettivamente rilevabile ed equivalente nel risultato ad un esplicito riconoscimento di utilità.

(Nel caso in esame, il Giudice ha ritenuto configurabile la fattispecie dell'arricchimento senza causa in capo al Comitato Provinciale di Genova della Croce Rossa Italiana in considerazione del difetto di accordo fra le parti stesse e in quanto vi era la prova che detto Ente, avendo ricevuto una fornitura di arredi da parte della società attorea, non solo avesse oggettivamente ricevuto un beneficio economico, ma ne avesse, altresì, riconosciuto l'utilità per il tramite del loro utilizzo.

Conseguentemente l'Ente pubblico è stato condannato alla restituzione in natura di siffatti arredi in favore della società fornitrice, in quanto l'arricchimento aveva ad oggetto una cosa determinata e quest'ultima sussisteva al tempo della domanda).

D. NCF.

Tribunale di Savona, 8 marzo 2012 - Giudice Unico Princiotta - P. e A. (Avv.ti Ferrauto e Gazzolo) c. I. (Avv. Pesce).

CONTRATTO di conto corrente - prova del credito - eccezione sollevata solo in comparsa conclusionale - tardività.
(Artt. 112 e 167 c.p.c.).

Con riferimento alla prova del credito, l'eccezione di mancata produzione degli estratti conto a partire dalla data di apertura del rapporto, sollevata dall'attore in opposizione per la prima volta in comparsa conclusionale, deve considerarsi tardiva, avuto riguardo ai motivi di doglianza prospettati nell'opposizione, aventi ad oggetto esclusivamente l'affermata illegittimità degli interessi e oneri applicati e delle clausole relative al contratto di fideiussione.

G.ING.

Tribunale di Savona, 24 aprile 2012 - Giudice Unico Princiotta - R. (Avv. Scotto) c. U. (Avv.ti Flick e Ratti).

CONTRATTO di conto corrente - prova del credito - estratto conto non contestato.

(Art. 112 e 115 c.p.c.)

Gli estratti conto scalari prodotti dall'Istituto di Credito non contestati, né in costanza del rapporto né nel corso del giudizio, devono ritenersi prova dell'andamento del conto corrente e del saldo risultante.

G.ING.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 19 agosto 2009 - Giudice Unico Mauceri - La G. Viaggi (Avv.ti Sambuceti, e Bozzano Gandolfi) c. Ministero dell'Istruzione (Avvocatura dello Stato).

CONTRATTO in genere - vendita di pacchetti turistici - conclusione del contratto - recesso - esclusione.

(Art. 82 sgg Dlgs 206/2005, artt. 1326, 1336 c.c.)

Il contratto di vendita di pacchetti turistici di cui agli artt 82 sgg Dlgs 206/2005, in ragione del carattere di offerta al pubblico, può ritenersi concluso a norma dell'art. 1326 c.c. ed in riferimento al successivo art. 1336 c.c. stesso codice, nel momento in cui l'organizzatore del viaggio od il venditore dello stesso viene a conoscenza dell'accettazione formulata per iscritto (forma scritta richiesta ad substantiam) dal consumatore, al quale fine assume rilievo, quale accettazione dell'offerta, anche la cosiddetta prenotazione effettuata per un periodo futuro.

Conseguentemente il recesso dal contratto non è da valutarsi legittimo, qualora sia esercitato oltre il termine di 10 gg lavorativi dalla conclusione del contratto ex art. 64 e 65 Dlgs 206/05 con conseguente risarcimento del danno per inadempimento contrattuale.

FR.SCA.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 18 novembre 2011, n. 4115 - Giudice Unico Pres. D'Arienzo - T. (Avv. Noceti) c. N.Y. s.r.l. (Avv.ti Scudieri e Di Mauro).

CONTRATTO in genere - prestazione d'opera intellettuale - obbligazione pecuniaria - esclusione - foro del domicilio del creditore - incompetenza territoriale.

(Art. 1182, comma 3 c.c.)

Non costituisce obbligazione pecuniaria, quella inerente la prestazione d'opera intellettuale, nella specie, la redazione di uno studio progettuale di massima corredato da una relazione illustrativa relativa a struttura turistico-recettiva di altissimo livello, poiché gli onorari, anche là dove la convenzione richiami in merito le tariffe vigenti, sono comunque determinati solo successivamente al titolo e in base all'attività realizzata concretamente dal professionista; ne segue l'incompetenza per territorio del tribunale del domicilio del creditore mentre il foro competente va determinato secondo i principi generali.

F. CUD.

Tribunale di Genova, 18 febbraio 2012, n. 666 - Giudice Unico Scarzella - R. (Avv. Levrero) c. R. (Avv. Baiardo).

CONTRATTO in genere - contratto preliminare di compravendita - diffida ad adempiere - risoluzione del contratto per inadempimento - importanza dell'inadempimento.

(Artt. 1454 comma 1 e 1455 c.c.)

CONTRATTO - contratto preliminare di compravendita - caparra confirmatoria - rapporti con l'azione di risoluzione e recesso - responsabilità del debitore - risarcimento del danno.

(Artt. 1218, 1351, 1385, c.c.)

L'intimazione da parte del creditore della diffida ad adempiere di cui all'art. 1454 c.c. e l'inutile decorso del termine fissato per l'adempimento non eliminano la necessità ai sensi dell'art. 1455 cod. civ. dell'accertamento giudiziale della gravità dell'inadempimento in relazione alla situazione verificatasi alla scadenza del termine secondo un criterio che tenga conto, sia dell'elemento oggettivo della mancata prestazione nel quadro dell'economia generale del contratto, sia degli aspetti soggettivi rilevabili tramite un'indagine unitaria sul comportamento del debitore e sull'interesse del creditore all'esatto e tempestivo adempimento. (Nella specie la S.C. ha escluso la gravità dell'inadempimento in relazione alla circostanza dell'offerta da parte della compratrice del prezzo alcuni giorni dopo la scadenza del termine e della mancanza di elementi da cui desumere che il decorso del termine fissato nella diffida comportasse la perdita dell'utilità economica perseguita con il contratto).

(Conforme: Cass. n. 9314/2007)

I due rimedi, disciplinati rispettivamente dall'art. 1385 c.c. commi 2 e 3 a favore della parte non inadempiente nell'ipotesi di inadempimento della controparte, hanno carattere distinto e non cumulabile, fermo restando che alla parte adempiente, che abbia ricevuto una caparra confirmatoria, non è precluso avvalersi del diritto di recesso, se anche si sia prima valsa del potere di provocare la risoluzione di diritto del contratto mediante diffida ad adempiere, dal valersi del recesso deriva però l'effetto che alla parte adempiente spetti il solo diritto di ritenere definitivamente la caparra, non anche il risarcimento del danno derivato dall'inadempimento che ha giustificato il recesso.

(Conforme: Cass., SS.UU., n. 553/2009)

Ai fini dell'accertamento della risoluzione di diritto, conseguente a diffida ad adempiere senza esito, intimata dalla parte adempiente, il giudice è tenuto comunque a valutare la sussistenza degli estremi, soggettivi e oggettivi, dell'inadempimento, in particolare, deve verificarsi sotto il profilo oggettivo che l'inadempimento sia non di scarsa importanza alla stregua del criterio indicato dall'art. 1455 c.c., e, sotto il profilo soggettivo, l'operatività della presunzione di responsabilità del debitore inadempiente fissata dall'art. 1218 c.c. la quale, pur dettata in riferimento alla responsabilità per il risarcimento del danno rappresenta un principio di carattere generale.

Al promittente venditore, ritenuto adempiente essendone stata provata la disponibilità alla stipulazione del contratto definitivo, è dovuto il risarcimento del danno causatogli dall'inadempimento del promissario acquirente, ingiustificatamente sottrattosi invece alla stipulazione, anche se non dimostri di avere perduto, nelle more, delle possibilità concrete di vendere l'immobile compromesso; perché la perdita determinata dalla sostanziale incommerciabilità del bene, in ragione della vigenza del preliminare e per tutto il periodo intercorrente tra la sua stipulazione e la proposizione della domanda di risoluzione, integra gli estremi del danno, la cui sussistenza è in re ipsa e, quindi, non necessita di prova.

(Conforme: Cass. n. 13630/2001; n. 25411/2009)

Secondo l'orientamento oramai consolidato di questa Corte, il risarcimento del danno dovuto al promissario acquirente per la mancata stipulazione del contratto definitivo di vendita di un bene immobile, imputabile al promittente venditore, consiste nella differenza tra il valore commerciale del bene medesimo al momento della proposizione della domanda di risoluzione del contratto (ovvero al tempo in cui l'adempimento è divenuto definitivo) ed il prezzo pattuito (Cass., S.U., n. 6938/1994; Cass. n. 1298/1998; Cass. n. 17340/2003; Cass. n. 22384/2004). Né è fondato il rilievo della ricorrente secondo cui tale orientamento precluderebbe al danneggiato di essere risarcito dei danni verificatisi successivamente al momento della domanda di risoluzione contrattuale: infatti l'importo come sopra determinato è suscettibile di rivalutazione al tempo della liquidazione dell'indicato danno per compensare gli effetti della svalutazione monetaria intervenuta nelle more del giudizio (Cass., S.U., n. 6938/1994), sempre che, naturalmente sussista la mora del debitore e dunque quest'ultimo non abbia in precedenza fatto offerta della prestazione dovuta.

(Conforme: Cass. n. 1956/2007)

G.G.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 6 giugno 2012 - Pres. Maglione - Rel. Castiglione - C. (Avv. Gianfranceschi) c. C. (Avv. Bava).

DISTANZE legali - apertura di vedute dirette e balconi - area soggetta a vincolo di inedificabilità assoluta - assenza di normativa urbanistica ed edilizia - distanza prevista dal Codice civile - rispetto - necessità.

DISTANZE legali - deroga convenzionale alla disciplina del Codice civile - forma scritta ad substantiam - necessità.

(Art. 905 c.c.)

Il manufatto realizzato in zona soggetta a vincolo di non edificabilità assoluta deve osservare le norme in materia di distanze previste dal Codice civile, non potendosi ammettere che la suddetta tutela riparatoria possa venire meno per il solo fatto che la disciplina urbanistica, vietando nella zona ogni tipo di costruzione, non contenga prescrizioni specifiche sulle distanze, né tantomeno, per il fatto che la P.A. ometta o ritardi di assumere provvedimenti sanzionatori a carattere reale conseguenti alla violazione del vincolo di non edificabilità.

(Conforme: Cass. n. 3564/2002).

La rinuncia convenzionale al rispetto delle distanze legali comporta la costituzione di una servitù prediale tra fondi confinanti, per la cui validità si richiede la forma scritta ad substantiam, ex art. 1350 c.c.

SO.C.

Tribunale di Savona, 21 marzo 2012, n. 3133 - Pres. Fiumanò - G.B. (Avv. Argenta e Fornaro) c. Banca Monte dei Paschi di Siena (Avv. Di Cerbo) e Cassa di Risparmio di Savona (Avv. Germano).

ESECUZIONE forzata in genere - espropriazione forzata - pignoramento immobiliare - vendita senza incanto - opposizione ad atti esecutivi - tipicità delle azioni - inammissibilità del reclamo.

(Artt. 617, 618, 669 terdecies, 572, c.p.c.)

In tema di esecuzione per espropriazione immobiliare con modalità di vendita senza incanto, qualora uno dei partecipanti alla gara, nel formulare la sua offerta, abbia depositato la cauzione in una misura inferiore rispetto a quella prescritta dall'art. 571, comma 2, c.p.c., gli altri partecipanti, oltre a poter far constatare al giudice dell'esecuzione tale condizione di inefficacia, sollecitando i suoi poteri officiosi, sono tenuti - nell'eventualità in cui lo stesso giudice provveda ad emettere l'ordinanza di aggiudicazione a favore di persona che abbia depositato cauzione in modo incongruo - a proporre opposizione agli atti esecutivi avverso siffatta ordinanza, nel termine prescritto dall'art. 617 c.p.c., decorrente dalla conoscenza del provvedimento medesimo.

Le ipotesi di opposizione ad atti esecutivi costituiscono fattispecie tipiche, non essendo ammissibile estendere la tutela cautelare prevista dall'art. 669 terdecies c.p.c. al provvedimento di rigetto di un'istanza avanzata ai sensi dell'art. 572 c.p.c.

(Conforme: Cass. n. 6186/2009).

SO.C.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 18 febbraio 2012, n. 668 - Giudice Unico Calcagno - F. (Avv. Toso) c. I. (Avv. Abeasis).

INGIUNZIONE (procedimento per) - opposizione - termine.

(Artt. 163 bis, 165 e 645 c.p.c.)

MEDIAZIONE (contratto di) - responsabilità per inadempimento - obblighi del proponente - onere della prova.

(Art. 1749 c.c.)

Per effetto della norma di interpretazione autentica dettata dall'art. 2 della legge n. 218 del 29/12/2011 nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo si applica la riduzione alla metà del termine di costituzione dell'attore solo se lo stesso opponente ha concesso un termine di comparizione inferiore a quello ordinario.

La responsabilità derivante dall'inadempimento sotto il profilo della mancata comunicazione della effettiva natura del bene ha natura contrattuale e comporta il risarcimento del danno. Il mediatore risponde a titolo di responsabilità contrattuale e, conseguentemente, è tenuto al risarcimento del danno derivante dall'inadempimento costituito dalla mancata comunicazione dell'effettiva natura del bene, circostanza che, se conosciuta da parte acquirente, avrebbe portato a concludere l'affare a condizioni diverse.

L'onere della prova dell'effettiva conoscenza della reale natura del bene di parte promissaria acquirente, opponente (e convenuta sostanziale) la quale ha dedotto l'inadempimento, grava su parte opposta (attrice sostanziale).

F.O.

Tribunale di Savona, 2 marzo 2012 - Giudice Unico Princiotta - V.M. S.a.s. c. N. S.a.s.

INGIUNZIONE (procedimento per) - consegna di azienda - inammissibilità.

(Art. 633 c.p.c.)

È inammissibile il ricorso per decreto ingiuntivo avente ad oggetto la condanna monitoria alla consegna dell'azienda e non, come

tra le altre previsto, di una quantità di cose fungibili ovvero di una cosa mobile determinata, essendo l'azienda una universitas juris - comprendente cose materiali, mobili e immobili, beni immateriali, rapporti di lavoro, debiti e crediti con la clientela ed in genere tutti gli elementi organizzati in senso funzionale per l'esercizio di un'impresa - che non è riconducibile ad alcuna delle fattispecie a cui fa riferimento l'art. 633 c.p.c..

(Conforme: Cass. n. 8219/1990).

ALB.SPIN.

Tribunale di Genova, 25 maggio 2012 - Giudice Unico Tuttobene - L. (Avv. Cicchese) c. A. (Avv. Curri).

INGIUNZIONE (procedimento per) - pignoramento immobiliare - nullità della notifica del titolo - sussiste.

INGIUNZIONE (procedimento per) - proposizione di opposizione - inidoneità a sanare la nullità della notifica.

INGIUNZIONE (procedimento per) - prescrizione del credito - estinzione - sussiste.

Per determinare la validità delle notificazioni impugnate, è necessario verificare la situazione fattuale alla base della controversia. Il convenuto risulta residente nel Comune indicato ma, poiché questi ha rilasciato la documentazione con un indirizzo anomalo, si deve confermare quanto sostenuto in merito ad un comprensorio residenziale privo di una toponomastica ufficiale, considerato che le vie del Comune sono contraddistinte da nominativi non ufficiali ma generalmente riconosciuti. Ciò risulta anche da altri documenti da cui emerge come il convenuto abbia ricevuto notifiche all'indirizzo da lui segnalato.

Ne deriva che non risultando la residenza anagrafica da un indirizzo completo, chi non avesse conoscenza dell'indirizzo ufficiale nel caso in cui dovesse effettuare una notifica, dovrebbe notificare presso la residenza genericamente individuata senza via e numero civico, lasciando all'ufficiale giudiziario gli accertamenti del caso, salvo poi procedere alla notifica ex art. 143 c.p.c. in presenza di scarse informazioni.

Poiché nel caso in esame, l'attività posta in essere dall'ufficiale giudiziario è stata fuorviata fin dall'inizio, non si può ritenere che un esito infruttuoso dimostri l'inidoneità delle indicazioni del certificato di residenza. Ne deriva, così, la nullità delle notifiche impugnate.

La notifica di un atto di precetto ha lo scopo di informare il debitore dell'inizio di una procedura esecutiva per permettergli di adempiere prima del pignoramento; per ritenere che la notifica nulla ha conseguito il suo effetto, è necessaria la dimostrazione, che non è stata data, che il debitore ha avuto notizia del precetto prima della procedura esecutiva.

Pertanto la presentazione da parte dell'esecutato dell'opposizione agli atti esecutivi, non permette di sanare la nullità della notificazione del pignoramento immobiliare in quanto non si compie la fattispecie cui la legge subordina il perfezionamento del pignoramento e perché non si raggiunge lo scopo specifica dell'atto.

Sussistendo la nullità delle notificazioni degli atti, questi, in quanto atti recettizi, non producono alcun effetto interruttivo della prescrizione decennale che si considera maturata nell'anno 2011 in cui la causa fu introdotta. Ne deriva che, anche la domanda riconvenzionale dell'opponente volta a chiedere la prescrizione del credito nei suoi confronti, deve essere accolta.

MA.GRI.

Corte di Cassazione, sez. lav., 31 maggio 2012, n. 8686 - Pres. Lamorgese - Rel. Toffoli.

(Riforma parzialmente sentenza della Corte d'Appello di Genova 24 novembre 2009, n. 762)

LAVORO - (rapporto di) - infortunio - affidamento di lavori in appalto - responsabilità dell'impresa appaltatrice.

LAVORO - (rapporto di) - infortunio - omissioni di cautele da parte del lavoratore - rischio elettivo - esclusione.

ASSICURAZIONE (contratto di) - responsabilità civile - responsabilità solidale dell'assicurato - ambito dell'obbligazione indennitaria dell'assicuratore.

In tema di infortuni sul lavoro, l'art. 2087 c.c. (...) e l'art. 7 del d.lgs. 19 settembre 1994 n. 626, che disciplina l'affidamento di lavori in appalto all'interno dell'azienda, prevedono l'obbligo per il committente, nella cui disponibilità permane l'ambiente di lavoro, di adottare tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità e la salute dei lavoratori, ancorché dipendenti dall'impresa appaltatrice, consistenti nell'informazione adeguata dei singoli lavoratori e non solo dell'appaltatrice, nella predisposizione di tutte le misure necessarie al raggiungimento dello scopo, nella cooperazione con l'appaltatrice per l'attuazione degli strumenti di protezione e prevenzione dei rischi connessi sia al luogo di lavoro sia all'attività appaltata, tanto più se caratterizzata dall'uso di macchinari pericolosi.

Pertanto l'omissione di cautele da parte dei lavoratori non è idonea ad escludere il nesso causale rispetto alla condotta colposa del committente che non abbia provveduto all'adozione di tutte le misure di prevenzione rese necessarie dalle condizioni concrete di svolgimento del lavoro, non essendo né imprevedibile né anomala una dimenticanza dei lavoratori nell'adozione di tutte le cautele necessarie, con conseguente esclusione, in tale ipotesi, del c.d. rischio elettivo, idoneo ad interrompere il nesso causale ma ravvisabile solo quando l'attività non sia in rapporto con lo svolgimento del lavoro o sia esorbitante dai limiti in esso.

Nell'assicurazione della responsabilità civile, nel caso in cui l'assicurato sia responsabile in solido con un altro soggetto, l'obbligo indennitario dell'assicuratore nei confronti dell'assicurato non è riferibile alla sola quota di responsabilità dell'assicurato operante ai fini della ripartizione della responsabilità tra i condebitori solidali, ma si estende potenzialmente a tutto quanto l'assicurato deve pagare al terzo danneggiato, nei limiti dei massimali.

A.F.

Tribunale di Genova, sez. lav., 5 luglio 2012 - Giudice Unico Scotto - A.J. c. C. S.r.l. (Avv. Ferrando).

LAVORO (rapporto di) - licenziamento - natura della controversia - applicabilità art. 40, 3° comma e richiamo art. 32 c.p.c. - distinzione tra garanzia "propria" ed "impropria" - sussistenza.

(Artt. 40, comma 3 e 32 c.p.c.)

LAVORO (rapporto di) - licenziamento - stralcio domande - formazione fascicolo - altro rito - sussistenza.

Avendo con sentenza del 3 febbraio 2012, il Giudice del Lavoro di Casale Monferrato declinato la propria competenza territoriale in favore del Giudice del Lavoro di Genova, ne deriva che il contrasto verte sulla natura della controversia ponendo in realtà un problema di applicabilità del rito e di ripartizione degli affari all'interno dello stesso. Pertanto, in riferimento all'art. 32 c.p.c.,

occorre scindere tra garanzia c.d. "propria" e garanzia c.d. "impropria". Si ha la prima: allorché la causa principale e la causa accessoria abbiano in comune lo stesso titolo, o quando vi sia connessione oggettiva, o quando vi sia un unico fatto generatore di quella responsabilità prospettata con l'azione principale e con quella di regresso, o quando vi sia un vincolo di connessione inteso. Si ha la seconda quando: il convenuto riversa le conseguenze del proprio inadempimento per un titolo diverso da quello riportato nella domanda principale o per un titolo che sia connesso al rapporto principale in via occasionale o di fatto. Nel caso in esame, non sussistendo un unico fatto generatore di responsabilità, ne deriva che si tratti di una garanzia "impropria" che non avendo ad oggetto un rito del lavoro, non ne consente la trattazione con il medesimo rito.

Ne deriva che le domande proposte dalla convenuta nei confronti di terzi devono essere stralciate, con la formazione di un nuovo fascicolo e trasmesse al Presidente del Tribunale per l'assegnazione e la trattazione con altro rito.

MA.GRI.

Tribunale di Genova, ord. 11 luglio 2012, Giudice Bossi - P. (Avv. Donegà) c. M. Società Cooperativa (Avv. Robotti).

LAVORO (rapporto di) - procedimenti cautelari - sospensione - requisiti formali.

L'accordo del socio-lavoratore avente ad oggetto la sospensione temporanea del rapporto di lavoro non necessita la forma scritta ab substantiam, potendo essere espresso anche tacitamente per facta concludentia, il cui accertamento è rimesso al giudice di merito.

(Nel caso di specie il Tribunale ha rigettato il ricorso ex art. 700 c.p.c. presentato dal socio-lavoratore per l'insussistenza del fumus boni iuris. Il datore di lavoro, Società Cooperativa senza scopo di lucro tra le cui finalità era statutariamente previsto l'inserimento lavorativo di "persone svantaggiate" ai sensi dell'art. 4, legge 8 novembre 1991, n. 381, aveva sospeso il proprio rapporto con il lavoratore, ex tossicodipendente in carico ai servizi della ASL in terapia sostitutiva con Metadone e, come tale, inserito tra i soci-lavoratori, a seguito del riscontro da parte della ASL e della Cooperativa stessa di nuove problematiche legate all'abuso di sostanze alcoliche che avrebbero potuto comportare pericoli sul luogo di lavoro per il lavoratore medesimo e per i colleghi. Il Giudice ha accertato che il ricorrente aveva in effetti prestato verbalmente il proprio consenso alla sospensione del rapporto lavorativo, condizionandone la durata fino al completamento di un programma terapeutico volto al recupero e alla successiva reintegrazione sul posto di lavoro, al quale, tuttavia, il lavoratore si era poi volontariamente sottratto).

G.D.G.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 21 ottobre 2011 - Giudice Unico Bolelli - G. (Avv. Iasiello) c. L. (Avv. Cesaroni).

LOCAZIONE - immobili urbani ad uso abitativo - ripetibilità di canoni non dovuti contrattualmente - esclusione - inapplicabilità della legge 431/1998.

(L. 392/1978 e successive modifiche; artt. 13 e 14 L. 431/1998)

La legge 392/1978 (e successive modifiche, fra cui la legge 359/1992) non sanziona l'eventuale simulazione operata dai contraenti con riguardo all'ammontare dei canoni locatizi, con

conseguente impossibilità per il locatario di proporre azione di restituzione di quelli versati in eccedenza. In ciò sta una delle principali differenze rispetto alla successiva legge 431/1998 che, all'art. 13 co. 1, prevede espressamente la nullità di ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato.

(Nel caso di specie, il Giudice aveva rigettato la domanda del ricorrente-locatario volta alla ripetizione dei canoni dallo stesso versati in misura superiore rispetto all'ammontare dichiarato pattiziamente, in quanto il contratto di locazione era stato stipulato in data 19/3/1998, mentre la legge 431/1998 è entrata in vigore a far data dal 30/12/1998 e, ai sensi dell'art. 14 ult. co. di tale ultima normativa, era quindi ancora sottoposto alla legge 392/1978 e successive modifiche).

D.NCF.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 22 giugno 2012 - Giudice Unico Gabriel - Bocciofila (Avv. ti Buffa) c. Opera Pia (Avv. Toso).

LOCAZIONE - miglioramenti - addizioni - indennizzo per i miglioramenti della cosa locata - consenso - insussistenza.

(Artt. 1590, 1592, 1593 c.c.)

In tema di locazione, sono miglioramenti tutte le attività dell'uomo sulla cosa che ne aumentino il valore; più correttamente il miglioramento è il risultato dell'attività che comporti un incremento del valore del bene. Costituisce addizione tutto ciò che, incrementando quantitativamente la res locata, mantiene una propria individualità.

Qualora l'addizione non fosse separabile senza nocumento dalla cosa locata, si applica l'art. 1592 c.c..

Conseguentemente il conduttore non ha diritto all'indennizzo per i miglioramenti della cosa locata, salva la prova del consenso che quest'ultimo ha prestato, consenso che non può essere implicito o desumersi da atti di tolleranza, ma deve risultare da una manifestazione esplicita o inequivoca di volontà.

(Nella specie la prova del consenso non era stata raggiunta, non essendo sufficienti il timbro dell'ente utilizzatore e la firma del proprietario apposti sul progetto di costruzione, essendo l'opera realizzata diversa da quella di cui al progetto stesso.

FR.SCA.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 24 gennaio 2012 - Pres. Bonavia - Rel. Cardino - L. S.a.s. (Avv. ti Borgna e Airenti) c. P. S.r.l. (Avv. ti Cugurra).

LOCAZIONE - canone - richieste di pagamento in misura inferiore al canone pattuito - rinuncia parziale al canone - sussistenza.

(L. 27 luglio 1978, n. 392, artt. 27 e ss.)

LOCAZIONE - avviamento commerciale - morosità del conduttore - insufficienza ad escludere il diritto all'indennità.

(L. 27 luglio 1978, n. 392, art. 34)

Le reiterate richieste di pagamento del canone in misura inferiore rispetto a quella contrattualmente pattuita, rivolte dal locatore al conduttore, costituiscono rinuncia del locatore alla parte del canone non richiesta, a fronte della quale la postuma domanda di

integrazione del canone secondo le originarie pattuizioni risulta infondata (nel caso di specie, il Collegio ha ritenuto che la determinazione del canone complessivo in misura inferiore rispetto a quella convenuta, effettuata dal locatore per tre anni consecutivi in sede di comunicazione dell'adeguamento ISTAT, configurasse rinuncia al canone residuo non richiesto).

L'indennità per la perdita di avviamento non è dovuta, ex art. 34 l. 27/7/1978 n. 392, solo nel caso in cui il contratto sia stato risolto per inadempimento del conduttore, ovvero questi ne sia receduto ovvero sia fallito. Ne consegue che la semplice morosità del conduttore non esclude il diritto all'indennità se non sfocia in una risoluzione del contratto per inadempimento.

A.NIC.

Tribunale di Savona, 3 luglio 2012 - Giudice Unico Princiotta - Agenzia Immobiliare (Avv. Moreno) c. B.

MEDIAZIONE (contratto di) - obbligo del venditore di fare visionare l'immobile - inadempimento - penale contrattuale - effetti.

(Art. 1382 c.c.)

La scelta dell'interessato alla vendita del proprio immobile che non consegna al mediatore incaricato le chiavi dello stesso può giustificare l'assunzione da parte dell'interessato a vendere dell'obbligo di renderlo accessibile e farlo visionare a richiesta discrezionale del mediatore incaricato, legittimando per l'effetto, l'inserimento, nel contratto di conferimento dell'incarico di mediazione, di una somma determinata, a titolo di penale ad hoc, qualora il committente si renda inadempiente, senza giustificato motivo, a rendere visionabile l'immobile stesso al mediatore ed a potenziali acquirenti.

ALB.SPIN.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 13 gennaio 2011, n. 42 - Pres. Sanguolo - Rel. Oddone - Condominio Via Bonacchi (Avv. ti Orsolino e Forino) c. Condominio Via Bonacchi (Avv. Vita).

(Conferma: Trib. Genova, n. 2325/08)

POSSESSO e azioni possessorie - area stradale adibita a parcheggio comune - prova del possesso qualificato - necessità.

(Art. 1140 c.c.)

La prospettazione di comproprietà di un'area stradale posta tra due edifici condominiali richiede la prova di una situazione qualificata con la cosa tale da configurare il possesso uti dominus, essendo insufficiente allo scopo la generica fruizione dell'area quisque de populo.

(Nella specie, la Corte ha confermato la decisione del Giudice di primo grado che aveva ritenuto non provato il possesso di un'area stradale - improvvisamente fatta delimitare con montecarlini dal condominio adiacente - in quanto il parcheggio veicolare risultava liberamente fruito dalla generalità degli abitanti della zona).

S.VGN.

Tribunale di Genova, sez. IV civ., decreto 6 febbraio 2012 - Giudice Pellegrini - Ricorrente (Avv. Staricco) - Convenuto (Avv. Trabucco).

POTESTÀ dei genitori - disaccordo sulla scelta dell'istituto scolastico per il figlio minore - poteri del Giudice - scelta della scuola in base al criterio della vicinanza rispetto alla collocazione del minore.

(Artt. 155 c.c. , 709 ter c.p.c.)

Il Giudice allorché decide la controversia ai sensi del combinato disposto dell'art. 155, terzo comma c.c. e dell'art. 709 ter c.p.c. insorta tra i genitori separati con minore in affido congiunto, deve limitarsi ad attribuire il potere decisionale a quello dei genitori che, nel caso concreto, ritenga il più idoneo a curare l'interesse del figlio, scegliendo la soluzione prospettata da quel genitore che appaia il più idoneo a curare gli interessi della prole, senza poter optare per una "terza via", a meno che tutte le soluzioni proposte dai genitori siano da ritenersi contrarie all'interesse dei figli.

In tal caso, la scelta del genitore cui attribuire il potere decisionale non deriva da una valutazione astratta e generale dell'idoneità dei due genitori, ma da una valutazione concreta e specifica di quello che è il progetto educativo proposto da ciascuno dei due genitori e della maggiore idoneità a garantire il benessere del bambino.

Nel caso specifico, allorché sorga controversia tra i genitori in merito all'istituto scolastico cui iscrivere il minore, va scelta la scuola che, a parità di programmi educativi ed ispirazione, sia più vicina al luogo di collocazione del minore, così privilegiandosi il criterio della "territorialità" inteso come ambito in cui il bambino trascorre il maggior tempo e come spazio urbano ove gli sia assicurata la maggior e costante intersezione con la rete amicale.

A.M.OC.

Tribunale di Genova, 19 dicembre 2010 - Giudice Unico Mauceri - S. s.r.l. (Avv.ti Zambella) c. S. s.r.l. (Avv.ti Savio e Torchio).

PROCEDIMENTO civile - domanda giudiziale - nuovo motivo di opposizione dedotto con I^a memoria ex art. 183, VI co. c.p.c. - mutatio ed emendatio libelli - inammissibilità.

(Artt. 183 e 184 c.p.c.)

In conformità ai principi giurisprudenziali in tema di mutatio ed emendatio libelli, si configura la prima, e quindi si viola il divieto di domande nuove, previsto dagli artt. 183 e 184 c.p.c., nel caso in cui si promuova una pretesa oggettivamente diversa da quella originaria, introducendo nel processo un petitum diverso e più ampio, oppure una causa petendi fondata su situazioni giuridiche non prospettate prima e, particolarmente, su un fatto costitutivo completamente differente, sì da porre in essere un nuovo tema d'indagine e spostare i termini della controversia, con la conseguenza di disorientare la difesa della controparte ed alterare il regolare svolgimento del processo. Per contro, sussiste una mera emendatio allorché si vada ad incidere esclusivamente sulla causa petendi, tanto da risultare modificata solo l'interpretazione o la qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto, oppure sul petitum, nel senso di ampliarlo o limitarlo per renderlo più idoneo al concreto ed effettivo soddisfacimento della pretesa fatta valere in giudizio.

(Nella specie il Tribunale adito ha dichiarato, alla stregua dei principi enunciati in tema di mutatio libelli, l'inammissibilità di un nuovo motivo di opposizione a decreto ingiuntivo fondato su una causa petendi riguardante situazioni di fatto e giuridiche non prospettate in precedenza e fatto valere dall'opponente solo in sede di deposito della prima memoria ex art. 183, VI co., c.p.c.).

C.GIA.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 17 febbraio 2012, n. 646 - Giudice Unico Mela - C.M.A. e Europam srl c. Prefettura di Genova.

PROCEDIMENTO civile - cessazione della materia del contendere - rilevanza ex officio - sussiste.

(artt. 22 e ss L. 689/1981; art. 9 co. 1 D.lgs. 66/2005)

SPESE giudiziali in materia civile - cessazione della materia del contendere, ove però residui fra le parti un contrasto in ordine alle spese di lite - conseguenze sul regime delle spese - criterio della soccombenza virtuale - applicabilità.

La cessazione della materia del contendere, che incide sul diritto sostanziale e rende superflua la decisione del Giudice, è rilevabile anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento, ogniquale volta il fatto determinativo di essa risulti acquisito in causa, indipendentemente da una formale rinuncia al giudizio.

(Conforme, ex plurimis: Cass. n. 5286/1993).

(Nel caso di specie, peraltro, la Prefettura_ che aveva emanato un'ordinanza-ingiunzione a titolo di sanzione amministrativa per la violazione dell'art. 9 co. 1 D.lgs. 66/2005, poi opposta dal soggetto in epigrafe_ in corso di causa aveva proposto essa stessa istanza per la declaratoria della cessazione della materia del contendere, previa produzione del documento disponente la revoca in autotutela della suddetta ordinanza-ingiunzione).

In tutti i casi in cui sia venuta meno fra le parti la materia del contendere, ma residui fra le stesse un contrasto sulle spese processuali, il Giudice è tenuto a regolarlo sulla base del criterio della "soccombenza virtuale", effettuando i necessari accertamenti.

(Conforme, ex plurimis: Cass. n. 4884/1996).

(Nel caso in esame il Giudice aveva posto le spese di lite a carico della Prefettura di Genova, atteso che tale ente aveva provveduto alla revoca in autotutela dell'ordinanza-ingiunzione opposta sulla base di una motivazione sostanzialmente coincidente con uno dei motivi di censura fatti valere dagli opposenti e che, verosimilmente, l'opposizione sarebbe stata accolta nel merito proprio in virtù di siffatto dedotto motivo).

D.NCF.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 12 novembre 2010, Giudice Unico La Mantia - D. (Avv. Donato) c. Condominio Via Fidenza (Avv. Baldelli).

RESPONSABILITÀ civile - padroni e committenti - responsabilità del condominio per danni cagionati ai condomini dai lavori eseguiti dall'impresa appaltatrice - condizioni - insussistenti.

(Art. 2049 c.c.)

PROPRIETÀ - accesso al fondo altrui - giardino di proprietà di un condomino - danno sub specie di limitazione al suo normale uso a causa della prolungata presenza, in esso, di ponteggi per l'esecuzione di lavori condominiali - adeguata indennità - presupposti - sussistono.

(Art. 843 co. 1 e 2 c.c.)

Il Condominio che appalti a terzi l'esecuzione di lavori dai quali derivino eziologicamente danni per taluno dei condomini, non può ritenersi corresponsabile ex art. 2049 c.c insieme all'appaltatore, tranne che in due ipotesi: la prima ricorre quando

l'Amministrazione dello stabile si ingerisca nello svolgimento delle opere commissionate, mediante direttive a tal punto vincolanti che la riducano al rango di nudus minister; la seconda si verifica nel caso di culpa in eligendo del Condominio rispetto all'impresa appaltatrice, ove quest'ultima si dimostri priva delle necessarie capacità tecniche ed organizzative in relazione all'opera appaltata.

(Nel caso di specie due condomini, la cui proprietà era stata danneggiata in occasione dei lavori realizzati dall'impresa appaltatrice, aveva proposto opposizione avverso il decreto ingiuntivo emanato nei suoi confronti dal Tribunale, su istanza del Condominio, in ordine al mancato pagamento delle spese di amministrazione afferenti detti lavori, proponendo domanda riconvenzionale, fra l'altro, per ottenere il ristoro dei danni in questione. Il Giudice, tuttavia, ha rigettato tale domanda, non sussistendo i presupposti sopra menzionati per la declaratoria di responsabilità in capo all'ente opposto).

(Conforme: Cass. n. 16080/2002).

La possibilità di accedere al fondo altrui riconosciuta ai terzi ex art. 843 c.c. qualora sia necessario per eseguirvi un'opera, contempla implicitamente il deposito, al suo interno, di materiali che siano strumentali alla realizzazione dell'opera stessa. Con la conseguenza che, a lavori ultimati, detti materiali debbono essere rimossi a cura e a spese del depositante, pena la decadenza di un'adeguata indennità a favore del proprietario del fondo stesso per la prolungata limitazione del suo diritto reale.

(Nel caso di specie il Giudice, in accoglimento della domanda riconvenzionale proposta dai condomini oppositori, ha condannato il Condominio opposto a pagare loro un'adeguata indennità_ all'uopo avvalendosi della tariffa adottata dalla Civica Amministrazione, ridotta del 50%_ ravvisando un danno nella prolungata presenza, oltre il periodo di esecuzione dei lavori, dei ponteggi allestiti dall'impresa appaltatrice, che aveva di fatto limitato il normale uso di una porzione del giardino pertinenziale all'immobile di proprietà dei medesimi, oltre ad impedirvene l'accesso).

(Conforme: Cass. n. 774/1982).

D.NCF.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 16 settembre 2011, n. 3401 - Giudice Unico Bolelli - Cooperativa Libreria (Avv. Tonetti) c. Italo Alger. (Avv. C. Iavicoli) e c. Bieffe (Avv. Curti).

RESPONSABILITÀ civile - danno risarcibile - requisiti - nesso - onere della prova - necessità.

Il risarcimento del danno da fatto illecito ha la funzione di porre il patrimonio del danneggiato nello stesso stato in cui si sarebbe trovato senza l'evento lesivo e, quindi, trova presupposto e limite nell'effettiva perdita subita da quel patrimonio in conseguenza del fatto stesso essendo onere del danneggiato provare, oltre agli altri elementi della fattispecie risarcitoria, anche le componenti del danno di cui chiede il risarcimento ossia il c.d. danno emergente ed il c.d. lucro cessante ed il nesso eziologico tra l'evento lesivo e quelli.

Il c.d. lucro cessante, concretandosi nel mancato accrescimento patrimoniale in concreto effettivamente sofferto dal danneggiato, presuppone che il danneggiato assolva con rigore l'onere probatorio della mancata utilità patrimoniale e del nesso con l'evento lesivo, da valutare secondo un attento giudizio di probabilità (e non di mera possibilità astratta) dovendo essere esclusa la risarcibilità di tale componente del danno lamentato per quei mancati guadagni asseriti e non provati in concreto e di cui non fosse for-

nita adeguata prova anche rispetto al nesso con l'evento lesivo e che pertanto rimarrebbero meramente ipotetici.

ALB.SPIN.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 18 novembre 2011, n. 4117 - Giudice Unico Gibelli - B. (Avv. Zuffada) c. M. (Avv. Genovesi).

RESPONSABILITÀ civile - legittimazione passiva proprietario/conducente - sussiste - lite temeraria - fatti-specie.

(Artt. 2051 c.c. e 96 c.p.c.)

Sono tenuti al risarcimento del danno derivante da unità condominiale sia il proprietario, sulla base della propria mera posizione, quando non sia acquisita la prova del caso fortuito, sia il conduttore, quando sia accertata una responsabilità concorrente colposa di quest'ultimo; pertanto, nella specie, là dove altresì debbesi riconoscere il danno patrimoniale derivante da lite temeraria cagionata dalla negligenza del conduttore, va valutata a suo carico la violazione dell'obbligo di informare la proprietà del danno derivante dall'uso di un box doccia con visibili sconessioni nel rivestimento di piastrelle delle relative parti a muro e, dunque, della manifesta fondatezza delle lamentele avversarie, onere imposto da quel minimo canone di diligenza gravante su quisque de populo.

F. CUD.

Tribunale di Savona, 26 dicembre 2011, n. 2770 - Giudice Unico Princiotta - N. (Avv. Vincenzi) c. F. (Avv. Moreno).

RESPONSABILITÀ civile - danno cagionato da animale - onere della prova - caso fortuito - concorso di colpa del danneggiato - insussistenza.

(Art. 2052 c.c.)

La responsabilità ex art. 2052 c.c., prevista a carico del proprietario in relazione ai danni cagionati dal proprio animale, trova un limite nel solo caso fortuito, vale a dire nell'intervento di un fattore esterno nella causazione del danno, che presenti i caratteri dell'imprevedibilità, dell'inevitabilità e della assoluta eccezionalità. Di conseguenza, al soggetto danneggiato compete solamente provare il nesso eziologico tra il comportamento dell'animale e l'evento lesivo, mentre il proprietario dell'animale dovrà provare l'esistenza di un fattore estraneo, idoneo ad interrompere detto nesso causale, non essendo sufficiente la prova di aver usato l'ordinaria diligenza.

Nessun concorso di responsabilità può essere invece addebitato al soggetto danneggiato, ove quest'ultimo si sia comportato secondo canoni di normalità. (Nel caso di specie, il cane di proprietà dei convenuti, dopo aver saltato la staccionata del giardino in cui si trovava, aveva aggredito la parte attrice, mordendola ad una gamba, mentre la stessa stava passeggiando con i cani di proprietà del marito, debitamente tenuti al guinzaglio).

SO.C.

Tribunale di Savona 25 febbraio 2012 - Giudice Unico Princiotta - R. (Avv. Nolasco e Suffa) c. N. (Avv. Salvini).

RESPONSABILITÀ civile - sciatore - danno - risarcimento.

(Art. 2043 c.c., Art. 10 Legge n. 363/2003)

Lo sciatore esperto che, con condotta imprudente, procedendo da monte, tagli la strada ad un soggetto collocato a valle, investendolo, è responsabile dei danni a quest'ultimo causati e derivanti dalla predetta condotta.

EU.MI.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 8 marzo 2012 - Giudice Unico Spera - A. e altri (Avv.ti Ambrosio, Commodo, Bertone, Bona, Novelli, Cesti, Villacorta Salis, Bellecave, Taylor) c. Rina S.p.A. (Avv.ti Giacomini, Siccardi, Alberti, Cavanna, Bassi, Maffi, Campagna, Ronco, Paganini e Romanengo).

RESPONSABILITÀ civile - affondamento nave - responsabilità di ente italiano di certificazione operante in qualità di Recognized Organization di Stato estero - eccezione pregiudiziale di immunità dalla giurisdizione italiana - fondatezza. (*)

(Art. 10, comma 1, Cost.)

In materia di sicurezza della navigazione l'attività di controllo e certificazione delle navi può, in virtù della normativa internazionale applicabile (Convenzioni SOLAS, MARPOL e Loadline), essere delegata dallo Stato di bandiera a organismi riconosciuti (Recognized Organisation) che operano per conto dello Stato delegante.

L'esecuzione di ispezioni e controlli e l'emissione dei relativi certificati, da parte dello Stato di bandiera (e dei soggetti da esso delegati, ossia le Recognised Organizations), costituisce tipica funzione statale volta all'adempimento di un obbligo normativo interno (legge nazionale) a sua volta effetto di obbligazione assunta dallo Stato in ambito internazionale.

Ne consegue che gli enti che certificano le navi in virtù delle predette normative godono, quali delegati dello Stato, dell'immunità dalla giurisdizione degli Stati terzi, mentre la natura di società per azioni di un soggetto giuridico operante per delega di uno Stato di bandiera non osta all'assunzione da parte di detto delegato di funzioni pubbliche per conto di detto Stato e, di conseguenza, alla possibilità che anche a detto soggetto di diritto privato debba riconoscersi - se da esso eccipita - l'immunità giurisdizionale per gli atti compiuti nell'esercizio delle potestà delegategli dallo Stato della bandiera, rilevante essendo la natura e la finalità dell'atto delegato e non la natura giuridica del delegato.

Non esiste allo stato una norma consuetudinaria internazionale che escluda l'immunità dalla giurisdizione degli Stati e dei loro organi per atti compiuti iure imperii quando tali atti ledano bei primari della persona.

L'art. 4, c. I, del D. Lgs. 8.6.2001, n. 231 ("Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della L. 29 settembre 2000, n. 300") non può derogare al superiore principio di diritto internazionale consuetudinario "par in parem non habet jurisdictionem", ma va con esso coordinato e troverà applicazione tutte le volte in cui l'azione della persona giuridica non sarà riconducibile ad attività iure imperii di un altro Stato.

Il "considerando" n. 16 della Direttiva 2009/15/GE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23.4.2009 (relativa alle disposizioni ed alle norme comuni per gli organismi che effettuano le ispezioni e le visite di controllo delle navi e per le pertinenti attività delle amministrazioni marittime), secondo cui gli Stati membri che delegano

il rilascio dei certificati ad un organismo riconosciuto dovrebbero considerare di estendere ad esso garanzie giurisdizionali adeguate ad eccezione dell'immunità - non ha contenuto precettivo e non è stato tradotto in una norma interna dalla normativa italiana di recepimento (D. Lgs. 14.6.2011, n. 104).

L'immunità dalla giurisdizione costituisce un privilegio di cui il beneficiario può scegliere di volta in volta se avvalersi o meno. Dunque non costituisce tacita rinuncia all'eccezione di immunità l'aver il soggetto che invoca l'immunità dalla giurisdizione italiana in un dato procedimento adito la giurisdizione italiana in un diverso precedente procedimento, né l'essersi lo stesso soggetto costituito senza eccepire l'immunità in un diverso procedimento.

Deve ritenersi ritualmente e tempestivamente formulata l'eccezione di immunità dalla giurisdizione italiana qualora il soggetto che l'abbia invocata in via principale nel proprio primo scritto difensivo, abbia poi svolto le proprie difese nel merito solo in via subordinata rispetto alla preliminare ed assorbente eccezione di difetto di giurisdizione.

A.B.

(*) La ragione fondamentale per cui (contrariamente a quanto afferma la Cassazione con la sent. n. 5044/2004 sul caso "Ferrini", peraltro in modo equivoco, per quanto riguarda gli atti diversi dai crimini internazionali) non può essere condivisa la tesi della deroga alla norma consuetudinaria che attribuisce l'immunità agli Stati e ai loro organi per tutti gli atti, anche colposi, lesivi dei diritti fondamentali, consiste nella recente sentenza della Corte internazionale di Giustizia (ICJ) del 3/2/12 nella medesima vicenda "Ferrini". Come è noto, infatti, il caso Ferrini non si è concluso con la citata sentenza della Cassazione, ma è proseguito davanti alla ICJ a seguito di ricorso della Germania.

La ICJ, infatti, chiarisce innanzitutto che l'art. 12 della Convenzione ONU di New York del 2004 sulle immunità non può trovare applicazione nella specie poiché non è stata ratificata dagli Stati coinvolti e che comunque essa non deroga al principio generale di diritto consuetudinario: la disciplina di cui all'art. 12 della Convenzione non può pertanto derogare al principio dell'immunità ristretta. Ma ciò che qui più rileva è che la Corte arriva addirittura a negare la deroga all'immunità nei casi di crimini di guerra, in esplicita contestazione di quanto affermato dalla Cassazione italiana nella sentenza Ferrini. Pertanto, se la ICJ nel caso "Ferrini" ha escluso la derogabilità dell'immunità anche per crimini internazionali, ciò a maggior ragione dovrebbe valere per le violazioni colpose, per quanto gravi, come quelle dedotte nella specie, connotate comunque da una inferiore antiggiuridicità.

La Corte d'Appello di Parigi, nella sentenza del 30/03/2010 sul caso "Erika", ritiene inoltre che gli organismi che costituiscono emanazione di uno Stato (nel presente caso, quale R.O. -Recognized Organization- dello Stato di Panama in materia di certificazione della sicurezza in materia di navigazione) beneficino dell'immunità allorché realizzino atti iure imperii e che gli atti di certificazione posti in essere da una società di classificazione non sono né atti di gestione né atti meramente tecnici, perché condizionano la navigabilità stessa della nave.

Allo stesso modo si sono espressi il TAR Liguria (sent. 1569/2007) e il Consiglio di Stato (sent. 3352/2005).

Se, invero, la giurisdizione si estende tanto quanto la sovranità, sulla base di norme di diritto internazionale generale, ed in particolare del principio consuetudinario "par in

parem non habet iurisdictionem”, recepito dall’art. 10, comma 1, Cost. (sulla base del quale gli Stati stranieri ed i loro organi, nonché gli enti internazionali ad essi equiparabili, sono esenti dalla giurisdizione italiana quando agiscono come soggetti di diritto internazionale o comunque quali titolari di potestà d’imperio), la società designata mandataria del Governo di uno Stato straniero non può ritenersi assoggettata alla giurisdizione dello Stato italiano e ciò in quanto essa, nel far uso della potestà d’imperio dell’ordinamento di cui è portatrice e di cui è longa manus, pone in essere rapporti comunque del tutto estranei all’ordinamento italiano.

Ne consegue che la cognizione, da parte di un Giudice italiano, di una simile controversia finirebbe con l’implicare statuizioni ricadenti nella organizzazione pubblicistica, e dunque sulle finalità e relative modalità di realizzazione, del Governo straniero; il che consente di affermare, nel caso di specie, l’immunità degli organi diretti ed indiretti dello Stato straniero dalla giurisdizione di qualsiasi Giudice italiano, in quanto, quando si parla di limiti internazionali della giurisdizione, si tracciano i limiti esterni del potere appartenente all’ordinamento giudiziario italiano, oltre i quali non può spingersi alcun Giudice.

La natura di società privata di RINA non è peraltro ostativa all’assunzione di funzioni pubbliche per conto di Panama: RINA S.p.a. deve quindi, nella specie, essere sostanzialmente parificato ad un ente pubblico attraverso il quale lo Stato estero opera per il perseguimento dei propri fini.

Lo Stato di bandiera, sul piano internazionale, rimane dunque responsabile della sicurezza delle proprie navi e risponde dell’eventuale inaffidabilità degli organismi cui abbia inteso delegare le proprie prerogative di controllo e certificazione.

Il Giudice ha tuttavia infine stabilito nel caso de quo che - con riferimento alle attività realizzate da RINA prima dell’assunzione della bandiera panamense e della qualità di R.O. panamense - sussiste il potere/dovere della A.G. italiana di esaminare la questione. L’eccezione pregiudiziale di immunità dalla giurisdizione italiana va pertanto, solo con riferimento a tale periodo, respinta.

Federico Repetti
Avvocato, Foro di Genova

Tribunale di Genova, sez. I civ., 31 marzo 2012 - Giudice Unico Mauceri - P. (Avv. Biagi) c. P. (Avv. ti Briganti e Saccani).

RESPONSABILITÀ civile - obbligo di risarcimento dei facenti parte di un comitato - ammissibilità.

Nell’ambito di un comitato delle obbligazioni assunte rispondono personalmente ed illimitatamente tutti i componenti, senza distinzione tra coloro che hanno agito e coloro che non hanno agito, in concreto, per conto del comitato medesimo, e senza che abbia rilevanza la veste particolare di coloro che hanno posto in essere l’attività, ossia se il mandatario, organizzatore, presidente ed anche qualora le obbligazioni traggano la loro fonte da fatti illeciti connessi all’esercizio di un’attività posta in essere per il comitato, non rinvenendosi una limitazione di tale responsabilità alle sole obbligazioni negoziali né nella lettera né nella ratio di cui all’art. 41 cod. civ., a differenza di quanto stabilito dal legislatore in materia di associazioni non riconosciute, laddove delle obbligazioni assunte rispondono personalmente e solidalmente solamente le persone che hanno agito in nome e per conto dell’associazione medesima.

W.F.

Giudice di Pace di Genova Reggio, 10 maggio 2012 - Carrozzeria T. c. Axa Assicurazioni SpA (Avv. Torazza).

RESPONSABILITÀ civile - incidente stradale tra due veicoli a motore identificati ed assicurati per la responsabilità civile obbligatoria - procedura di risarcimento diretto - cessione del relativo credito alla carrozzeria che ha effettuato le riparazioni - azione di quest’ultima nei confronti dell’impresa di assicurazione a norma dell’art. 149 D.Lvo 7 settembre 2005 n. 205 - inammissibilità.

La richiesta di risarcimento diretto prevista dall’art. 149 del D.Lvo. 7 settembre 2005 n. 205 (Codice delle assicurazioni private) in caso di sinistro fra due veicoli a motore, costituisce esercizio di un’azione concessa dalla legge a tutela del solo “danneggiato - consumato re”, che è la parte debole nel rapporto con l’impresa di assicurazione. Pertanto, non può essere estesa all’ipotesi di cessione del credito ad un terzo, quale è la carrozzeria che abbia provveduto alla riparazione del veicolo, che agisce in veste di impresa commerciale a fine di lucro. La domanda proposta da quest’ultima nei confronti dell’impresa di assicurazione del danneggiato è dunque inammissibile.

A.FONT.

Corte d’Appello di Genova, sez. II civ., 6 giugno 2012, n. 1690 - Pres. Sanna - Rel. Castiglione - C.V. (Avv. Sessa) c. Comune di Genova (Avv. Carassale).

RESPONSABILITÀ civile - danno cagionato da cose in custodia - bene demaniale - assenza di insidia o trabocchetto - condotta colposa del danneggiato - nesso di causalità - insussistenza.

(Artt. 2043 e 2051 c.c.)

La pubblica amministrazione è responsabile del danno cagionato dai beni demaniali in custodia, purché sussista un nesso di causalità giuridica e materiale tra la cosa custodita e l’evento dannoso.

Una cosa inerte può definirsi pericolosa in quanto possa determinare un alto rischio di elevato pregiudizio nel contesto di normale interazione con la realtà circostante.

La sola presenza di caratteristiche peculiari del bene non può costituire pericolo, derivante da fattori intrinseci alla cosa o dall’insorgenza nella stessa di fattori dannosi, e nemmeno un’insidia o trabocchetto, ma una situazione normale, riconoscibile dagli utenti, i quali devono prestare attenzione e adeguare il loro comportamento alle caratteristiche della cosa custodita.

La pubblica amministrazione non potrà ritenersi oggettivamente responsabile per il danno subito dal terzo, laddove il nesso causale tra la cosa e l’evento sia stato interrotto dalla condotta colposa del danneggiato, in un contesto di riferimento in cui le caratteristiche del bene non abbiano costituito la causa, ma soltanto l’occasione del danno.

(Nel caso di specie, la Corte d’Appello nel confermare la decisione del giudice di merito, ha escluso l’esistenza in concreto del nesso di causalità tra il lieve rialzo della pavimentazione del marciapiede demaniale e lesioni personali riportate dall’attrice nella caduta, sul presupposto che il leggero dislivello tra una piastrella e l’altra, oltre ad essere pienamente visibile alla parte attrice, risultava altresì connotato alle caratteristiche del marciapiede).

SO.C.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ. - Pres. Sanna - Rel. Castiglione - G. (Avv.ti Chiti e Mammana) c. Comune di V. (Avv. Feliziani).

SENTENZA, ordinanza e decreto in materia civile - ultra et extra petita - interpretazione - poteri del giudice - vizio di ultrapetizione - esclusione nel caso di specie.

(Artt. 99 e 112 c.p.c.)

Il vizio di ultrapetizione ricorre quando il giudice, interferendo nel potere dispositivo delle parti, alteri alcuno degli elementi obiettivi di identificazione dell'azione - come il petitum o la causa petendi - attribuendo o negando ad alcuno dei contendenti un bene diverso da quello richiesto, ovvero ponga a fondamento della decisione fatti del tutto estranei alla materia del contendere o rilevi d'ufficio un'eccezione in senso stretto che poteva essere sollevata soltanto dalla parte interessata. Diversamente - restando nei limiti della domanda - può dare ai fatti, allegati in giudizio, una qualificazione giuridica diversa da quella prospettata dalle parti, e finanche ricostruire i fatti in maniera diversa da quella indicata dalle parti.

L.GRB.

Tribunale di Savona, 30 novembre 2011, n. 2283 - Pres. Fiumanò - M. (Avv. Tarantino) c. L. (contumace).

SPESE giudiziali in materia civile - compensazione - gravi ed eccezionali ragioni - obbligo di motivazione.

(Art. 92, 2° comma, c.p.c.; Legge 18 giugno 2009, n. 69)

La compensazione delle spese processuali, in assenza di reciproca soccombenza delle parti, è subordinata alla presenza di gravi ed eccezionali ragioni che il giudice è tenuto ad indicare esplicitamente nella motivazione della sentenza, non essendo nella specie sufficiente il mero richiamo alla formula generica, non altrimenti specificata, "peculiarità della controversia".

(Conforme: Cass. n. 15413/2011)

SO.C.

Tribunale di Savona, 27 febbraio 2012 - Pres. Fiumanò - V. (Avv.ti Silva e Simoncini) c. M. (Avv. Aglietto).

TESTAMENTO - annullamento - condizioni - incapacità di intendere e di volere.

TESTAMENTO - annullamento - condizioni - incapacità di intendere e di volere - onere probatorio - criteri di valutazione da parte del Giudice.

TESTAMENTO - testamento pubblico - annullamento - condizioni - incapacità di intendere e di volere - rilevanza del Notaio rogante.

(Art. 591 c.c.)

L'annullamento del testamento per incapacità naturale a disporre per testamento ai sensi dell'art. 591 comma 2 c.c., presuppone la prova rigorosa del fatto che al momento della redazione dell'atto il testatore si trovasse in uno stato psicofisico tale da sopprimere in modo assoluto l'attitudine a determinarsi coscientemente e liberamente non essendo sufficiente che il normale processo di formazione ed estrinsecazione della volontà sia in qualche modo

alterato o turbato per ragioni di età o per grave malattia.

(Conforme: Cass. n. 9081/2010).

In tema di azione di annullamento del testamento per contestata incapacità di intendere e di volere del testatore, fermo l'onere probatorio dell'attore di dimostrare rigorosamente che il testamento impugnato sia stato compilato in un momento di incapacità di intendere e di volere, il Giudice potrà anche tenere conto del contenuto dell'atto di ultima volontà individuando, quali elementi di valutazione da esso desumibili, la serietà, normalità e coerenza delle disposizioni, nonché, se presenti, i sentimenti espressi ed i fini che risultano averle ispirate.

(Conforme: Cass. n. 230/2011).

Imponendo la legge notarile al Notaio rogante l'accertamento della capacità del comparente, l'accertamento da parte di questi deve ritenersi un significativo elemento di prova della capacità del testatore, non facendo fede fino a querela di falso le attestazioni del Notaio che ha redatto il testamento pubblico circa lo stato di sanità mentale del testatore comparente e, tuttavia, costituendo un valido elemento di prova circa il vero atteggiamento assunto e mantenuto dal testatore durante la redazione dell'atto ed accertato dal Notaio stesso.

(Conforme: Cass. n. 2152/1966).

ALB.SPIN.



camiceria
abiti
calzature
maglieria
sartoria su misura

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

Documenti

*Il diritto comparato e la letteratura**

Andrea Fusaro

Professore Ordinario, Università di Genova

Sommario: 1. *Le connessioni tra diritto e letteratura.* - 2. *I contributi degli studiosi italiani.* - 3. *Cinema e diritto.*

1. Le connessioni tra diritto e letteratura.

La comparazione giuridica si occupa di misurare le distanze tra ordinamenti, confrontando le soluzioni che medesimi problemi ricevono in differenti ordinamenti, perciò ricercando le regole dietro le etichette; è, quindi, inevitabile che porga attenzione verso la letteratura, dal momento che, come considerava già Piero Calamandrei(1), “dalla lettura di certe pagine di romanzi, nelle quali si descrivono con linguaggio profano i congegni della giustizia in azione, è assai spesso possibile trarre un’idea precisa, meglio che da una critica fatta in gergo tecnico e in stile cattedratico, del modo in cui la realtà reagisce sulle leggi e della loro inadeguatezza a raggiungere nella vita pratica gli scopi per i quali il legislatore crede di averle create”. Del resto, come negli stessi anni osservava Ferruccio Pergolesi (2), nella letteratura il diritto può essere osservato sia dal versante della sociologia del diritto, sia da quello della filosofia del diritto, ed entrambi coincidono con interessi della comparazione, dal momento che il primo permette di considerare sia il diritto vivente, non codificato, sia il diritto positivo nelle sue prassi effettive, mentre il secondo è volto al rinvenimento del sentimento della giustizia e degli ideali etici. La valenza pedagogica risulta evidente ed è stata per tempo sottolineata da James Boyd White(3), il quale segnalava come l’accostamento diritto e letteratura possa fornire allo studente la consapevolezza della natura culturale del diritto. In proposito si ricorda volentieri una lettera, citata dallo stesso Boyd White, del giudice della Corte Suprema Felix Frankfurter ad un giovane dodicenne con l’ambizione di diventare avvocato: «Mio caro Paul, nessuno può considerarsi un giurista veramente competente se non è un uomo di cultura». Negli Stati Uniti il movimento di Diritto e Letteratura si era prefisso di superare il prevalente tecnicismo che risultava prevalere sulla scia degli insegnamenti metodologici di Langdell - ovvero il *case-method* -. Tale vocazione antiformalista è connaturata alla comparazione, come in tanti hanno ricordato. Tra questi Antonio Gambaro(4), in base alla considerazione che “il giurista è anzitutto umanista, deve acquisire le tecniche necessarie per affrontare la complessità dell’essere umano e aggiungervi quel senso della giustizia che gli è proprio e che egli non produce da solo, ma deduce dalla scala dei valori segnata dall’ordinamento”. Ancora Guido Alpa, secondo cui “il rapporto è biunivoco: i fenomeni giuridici sono esaminati mediante il quadro concettuale, le nozioni e i criteri di valutazione propri di un’altra scienza, e se ne possono meglio chiarire ed intendere i processi fisiologici, gli effetti, i costi”(5).

2. I contributi degli studiosi italiani.

In Italia lo studio delle connessioni tra diritto e letteratura ha sollecitato la creazione di due associazioni di studiosi: l’ISLL- Italian Society for Law and Literature -, fondata nel giugno 2008 presso la Facoltà di Giurisprudenza di Bologna, nel cui ambito si segnala l’impegno profuso da Paola Mittica, nonché da Realino Marra; l’AIDEL - Associazione Italiana di Diritto e Letteratura, nata a Torino sempre nel 2008. La comparazione giuridica è venuta ad affiancarsi alle discipline più interessate agli elementi di prossimità tra la letteratura ed il diritto come la filosofia del diritto. Anche qui occorre riconoscere un ruolo pioniere agli studi di Rodolfo Sacco, in particolare con i suoi contributi sull’antropologia giuridica, poi trainante con l’ISAI DAT rivolta ad esplorare tutte le connessioni tra lingua e diritto. Associazione questa dove è particolarmente attiva Barbara Pozzo, curatrice del volume *Teaching Law Through the Looking Glass of Literature*(6) - in cui si legge un raffinato saggio di Michele Graziadei(7) -, la quale ha appena presentato la traduzione del libro “*Quando le parole perdono il loro significato. Linguaggio, individuo, comunità*”(8); ancora va segnalato il convegno da lei organizzato a Como nell’ottobre del 2006. Altro comparatista particolarmente coinvolto è Felice Casucci, curatore della collana edita dalla ESI “*Diritto e Letteratura*”, dove figura pubblicato il volume “*Diritto di parola*”, ed è imminente l’uscita di “*Il silenzio del diritto*”. A seguito del successo riscosso dal seminario su “*Il bagaglio culturale del giurista europeo*”, organizzato a Telesse Terme nel marzo 2006, Casucci ha favorito l’attivazione di un corso di “*Diritto e Letteratura*”, presso la Facoltà di Economia dell’Università sannita.

3. Cinema e diritto.

Questo filone di riflessioni(9) osserva che il docente di diritto privato comparato trova nella letteratura un valido supporto alla didattica in varie occasioni. Tra queste, l’introduzione alle radici del diritto inglese, che mette di fronte alla “sfida che costantemente si incontra nel fornire agli studenti un messaggio efficace, al fine di far loro comprendere le differenze esistenti tra sistemi giuridici e culture giuridiche”. L’impiego della letteratura è particolarmente adatto ad introdurre gli studenti italiani al mondo di common law e alla mentalità dei giuristi che lo rappresentano; ad esempio, l’esistenza di due differenti giurisdizioni, quella delle Corti di Westminster e quella di Equity, i rapporti tra le stesse, la disputa avvenuta ai tempi degli Stuart, fino alle grandi Riforme attuate nel XIX secolo con i Judicature Acts, sono tutti argomenti che vengono ampiamente illustrati da tutti i grandi manuali di diritto comparato. Le pagine di “*Casa Desolata*” (*Bleak House*) di Charles Dickens si rivelano particolarmente adatte ad illustrare la grande crisi del sistema giudiziario inglese agli inizi del 1800, derivante in gran parte dalla compresenza delle due giurisdizioni(10). Quando si affronta la complessità di sistemi giuridici come l’India, la Cina, o qualsiasi sistema del continente africano, dove la norma è costituita da diversi formanti, l’analisi richiede una conoscenza profonda dei valori che possono essere svelati dalla letteratura che se ne è occupata(11). Nella didattica giuridica in generale, ed in quella comparatistica in particolare, agli strumenti tradizionali - manuali, trattati, monografie - risultano quindi complementari le opere letterarie accuratamente selezionate(12), come pure i film tratti dalle stesse. Inevitabile il riferimento ai legal thriller (*Il socio*, *Il rapporto Pellican*), ma anche

*[relazione presentata al seminario “Diritto e letteratura. Riflessioni a margine della presentazione del libro “Il diritto allo specchio della letteratura: materiali di lettura per giuristi e non” di Michele Marchesiello e Roberto Negro (De Ferrari ed.)”, organizzato a Genova presso la Biblioteca Berio il giorno 8 Febbraio 2011]

ad un novero più ampio, che volta a volta offre spunti di riflessione sul contesto giudiziario e le garanzie della difesa (*L'angolo rosso; Insider*), sul ruolo dell'avvocato (*Il verdetto; Il Caso Wislow*), rispetto al rilievo della giuria nel processo (*L'avvocato del diavolo, La parola ai giurati, Dodici*), alle forme di tutela e la loro connessione con l'organizzazione degli studi legali ed i danni punitivi (*Erin Broncovich; A Civil Action; L'uomo della pioggia*), alla pena di morte e agli errori giudiziari (*Il miglio verde*). Ancora, troviamo affrontati temi etnici (*East is east; Grosso grasso matrimonio greco*), la diversa percezione sociale delle regole e soluzioni giuridiche (in *Momma Lisa Smile*, la drammatizzazione della separazione; in *Prima ti sposo poi ti rovino* la prospettiva opposta), le minoranze ed in specie la posizione degli omosessuali (*Gli occhiali d'oro; Viola di mare; Filadelfia; Milk*), i doveri parentali (*Tanguy*), sino ad investire puntuali regole giuridiche, quali quelle sulla chiamata ereditaria (*Un'ottima annata*). Molti di questi film sono trasposizioni di libri, cosicché la fonte letteraria rimane centrale. Perciò il volume curato da Michele Marchesiello e Roberto Negro riesce utile strumento per la didattica giuridica in genere e giuridica in specie.

Note:

- (1) Nel saggio *Le lettere e il processo civile* apparso nel 1924.
- (2) *Il diritto nella letteratura, 1927; Diritto e giustizia nella letteratura moderna narrativa e teatrale, 1949*, riedito con aggiornamenti nel 1956.
- (3) *The Legal Imagination. Studies in the Nature of the Legal Thought and Expression, When Words Lose their Meaning* del 1984 (recentemente uscita in traduzione italiana) e *Hercules' Bow* del 1985.
- (4) Tra l'altro, nel suo saggio "Il bagaglio culturale del giurista europeo: considerazioni generali", pubblicato nel volume curato da Felice Casucci, "Il diritto privato dell'Unione europea. Temi e questioni" (2007), constata che "una cultura umanistica, prevalentemente letteraria", che aveva caratterizzato in passato la scienza giuridica, è "in fortissimo declino".
- (5) G. Alpa, *Il metodo nel diritto civile*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 357 e ss.
- (6) *Teaching Law Through the Looking Glass of Literature*, Stämpfli Verlag, Bern, 2010.
- (7) *Comparative (Law and) Literature*.
- (8) Traduzione di R. Casertano, presentazione di B. Pozzo, nella Collana: Giuristi Stranieri di Oggi, a cura di C.M. Mazzoni e V. Varano, Giuffrè, 2010
- (9) B. Pozzo, *Law & Literature e Diritto comparato: a proposito dell'opera di James Boyd White*, (2010) Volume 1 - Fascicolo 1, Articolo 3, nelle parole di Charles Dickens: "Jarndyce contro Jarndyce si trascina da anni. Questo processo spauracchio è diventato, col tempo, così complicato che nessuno sa più cosa significhi. Le parti interessate lo capiscono anche meno; ma è stato osservato che neppure due legali della Corte riescono a parlarne per cinque minuti senza trovarsi in completo disaccordo sulle premesse. Innumerevoli bambini sono nati nel corso della causa; innumerevoli giovani si sono sposati; innumerevoli vecchi sono morti; dozzine di persone si sono trovate stranamente coinvolte nel processo Jarndyce contro Jarndyce, senza sapere come o perché; famiglie intere hanno, con quella causa, ereditato un odio leggendario. Il piccolo attore, o convenuto, al quale fu promesso un cavallo a dondolo, quando si fosse conclusa la causa Jarndyce contro Jarndyce, è cresciuto, è divenuto padrone di un cavallo vero e se ne è andato al galoppo all'altro mondo. Leggiate pupille della Corte sono sfiorite diventando mamme e nonne; una lunga serie di Lord Cancellieri è apparsa e sparita; la legione dei certificati della causa si è trasformata in un insieme di semplici certificati di morte; forse non ci sono al mondo tre Jarndyce superstiti da quando il vecchio Tom Jarndyce si fece saltare disperato le cervella in un caffè di Chancery Lane; ma la causa Jarndyce contro Jarndyce si trascina ancora davanti alla corte nella propria triste lungaggine, in eterno e senza speranza" (Charles Dickens, *Casa Desolata*, Einaudi, Torino, 1995, traduzione di A. Negro, p. 10; *Bleak House*, Penguin Classics, London, 1985, p.6).

(10) B. POZZO, *Law & Literature e Diritto comparato: a proposito dell'opera di James Boyd White*, (2010) Volume 1 - Fascicolo 1, Articolo 3: "La descrizione che Dickens ci presenta della causa Jarndyce contro Jarndyce, più di qualsiasi spiegazione tecnica, è in grado di introdurre lo studente nella giusta atmosfera in cui si è consumata la crisi tra la giurisdizione di Common Law e quella di Equity, facendogli comprendere quale fosse l'impatto che aveva - in concreto - sulla società e sulla vita delle persone". Con il racconto di Charles Dickens gli studenti sono in grado di comprendere la situazione delle istituzioni giudiziarie inglesi nel XIX secolo e la crisi della loro credibilità in un modo meno astratto, perché diventano intimi dei personaggi ritratti e possono sentire l'impatto che il diritto può avere sulla società e sulla cultura. In questa prospettiva è più attraverso il linguaggio della letteratura, che attraverso il linguaggio del diritto, che possiamo essere messi in grado di capire profondamente la considerazione che la società attribuisce ai giuristi e all'idea di giustizia... In altre parole, è il racconto che può permettere una migliore prospettiva critica di sistemi giuridici che non appartengono alla *Western Legal Tradition*, in cui è lo stesso ruolo del diritto e della legge che possono essere intesi in modo differente. In quest'ottica la lettura di alcune novelle ci aiuta nella comprensione del *legal process* in cui certe istituzioni sono collocate, e che può essere alquanto diverso da quello conosciuto nelle democrazie occidentali".

(11) Per l'India si segnala, ad esempio, la novella di V. Seth, *A Suitable Boy*, Harper Collins, UK, 1993; trad. it. *Il ragazzo giusto*, di L. Pernia, Tea, Milano, 2005, che illustra il tema delle riforme che portarono all'abolizione del sistema dello zamindari nell'India postindipendentista, su cui B. Pozzo, *A Suitable Boy and the Abolition of Feudalism in India*, in *Teaching Law Through the Looking Glass of Literature*, cit.. Inoltre B. Sidwa, *Water, Milkweed Editions, U.S.*, trad. it. di V. Giacobbo *Acqua*, Neri Pozza, Milano, 2006, che narra la storia di una vedova bambina nell'India di Gandhi. Il racconto della Sidhwa tratta più in generale della tragica situazione delle vedove in India, nonostante le riforme legislative introdotte dagli Inglesi, volte a incoraggiare il secondo matrimonio delle vedove in contrasto con le regole tradizionali indiane. Della stessa Autrice cfr. anche la novella *Cracking India*, Milkweed Editions, U.S., 1991, trad. it. di L. Pugliese, *La spartizione del cuore*, Neri Pozza, Milano, 2003. Per la Cina un racconto magistrale a questo proposito è *La moglie di Wan va in tribunale*, Roma - Napoli, Ed. Theoria, 1992, traduzione del romanzo *Wan jia su song* di Chen Yuanbin, che narra la storia di Qiu Ju e delle sue esperienze attraverso le diverse fasi del giudizio. Il racconto è allo stesso tempo una esemplificazione della contrapposizione tra giustizia formale e giustizia tradizionale. Dal racconto è tratto il film di Zhang Yimou: "La storia di Qiu Ju". Si pensi inoltre all'opera di Lu Xun, *La vera storia di Ah Q*, pubblicata in Italia da Demetra Giunti, Firenze, 1994. Il racconto è un'a satira amara e impietosa dei vizi dell'uomo comune nella Cina pre- e post-rivoluzionaria del 1911/12. E' la storia di un antieroe, vittima delle proprie illusioni di grandezza, che si conclude con la sua esecuzione di fronte a un'improvvisata giuria militare/ rivoluzionaria, che pare poco più di una brutta copia del processo imperiale. Interessante appare inoltre tutto il filone del *legal thriller* alla cinese, ed in particolare i casi del giudice Bao. Bao Zheng, realmente esistito, nato nel 999 d.C. e nominato magistrato dopo aver superato gli esami di distretto nel 1027 (din. Song, 960-1279) - è divenuto il protagonista di racconti popolari e novelle, queste ultime composte soprattutto durante la dinastia Ming (1368-1644) da autori rimasti sconosciuti. Si veda a questo proposito Anonimo, *I casi del giudice Bao*, Roma, Bagatto Libri, pp. 83-86, trad. it. di G. Bertuccioli, che si basa per la sua traduzione su FENG Buyi, 1985, *Bao Gong An* ["I casi del giudice Bao"], Beijing, Baowentang chubanshe. (B. POZZO, *Law & Literature e Diritto comparato: a proposito dell'opera di James Boyd White*, (2010) Volume 1 - Fascicolo 1, Articolo 3)

(12) Basti pensare al romanzo di Federico De Roberto, *I Viceré*, e soprattutto alla vasta opera di Honoré de Balzac, su cui si segnala G. RE-BUFFA, *Il trionfo del codice civile nella testimonianza di Honoré de Balzac*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1992, I, 65.

Le case infestate dagli spettri

Alessandro Gazzolo - Tommaso Gazzolo

Avvocati, Foro di Genova

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Dagli spiriti allo spiritismo. - 3. Fantasma ed onere della prova.*

1. Introduzione.

Gli avvocati hanno quotidianamente a che fare con fantasmi, primi tra tutti quelli generati dalle astrattezze del «mentalismo» giuridico, delle forme concettuali vuote, di «oggetti» che non si vedono, di un lessico tecnico «*perturbante*». Il diritto, in tal senso, rimanda ad una vera e propria *hantologie*, per parafrasare Derrida: i suoi concetti sono cioè *hantisé*, «infestati», abitati da spettri. È proprio un simile esercizio giornaliero che rende la scienza giuridica preparata ad affrontare i casi, neppure troppo rari, in cui a presentarsi sono veri e propri fantasmi con tanto d'apparenza di carne.

La giurisprudenza non ha mancato, come il recente libro di Raffaele Caterina racconta(1), di indagare, giudicare storie di tal genere. Vale la pena, tuttavia, approfondire ulteriormente il tema dal punto di vista giuridico, ed in particolare nel suo rapporto con la disciplina dei vizi della cosa locata. La prima parte dell'articolo, pertanto, sarà dedicata a ripercorrere alcuni tratti essenziali della relazione tra diritto e fantasmi, per poi dar conto, nella seconda parte, delle soluzioni che, allo stato attuale, possono prospettarsi.

2. Dagli spiriti allo spiritismo.

In una lettera a Licinio Sura (*Lettere familiari*, VII, 27), Plinio il Giovane domanda all'amico se egli creda davvero che i fantasmi esistano ed abbiano una «potenza divina». La storia che segue narra di uno spettro che aveva infestato una bella casa in Atene, aggirandosi ogni notte per le stanze: prima scuotendo in lontananza i ceppi ai piedi e le catene nelle mani e, poi, fattosi il rumore sempre più vicino, apparendo all'improvviso agli inquilini. Poiché nessuno voleva più abitare la villa, essa venne abbandonata: «*Proscribebatur tamen - aggiunge Plinio -, seu quis emere, seu quis conducere, ignarus tanti mali, velle*». Prudenza consigliò, dunque, di lasciare in bella vista il cartello «affittasi», nel caso in cui qualcuno, ignaro o sprovveduto, avesse voluto prenderla a pigione. L'epilogo, in guisa di insegnamento morale, racconta di come il filosofo Atenodoro, decisi ad abitarvi, riuscì a restituire la pace al dimorante ed inquieto spirito: anziché fuggire, egli seguì lo spettro sino al cortile di casa, dove, scavando nel punto indicato dal fantasma, vi ritrovò i resti del suo corpo mortale, consunto dal tempo e dalla terra. Raccolte così le ossa, e data degna sepoltura, «la casa non fu più visitata dai Mani, sepolti secondo i riti».

L'aneddoto, come noto, troverà una precisa sistemazione nella giurisprudenza classica e medievale e sarà presente, attraverso la sua ripresa in età moderna(2), anche nell'esperienza giuridica contemporanea. È ad un passo di Alfeno (*Digesto*, XIX, II, 27) che si deve, attraverso il recupero dei commentatori del *Corpus Iuris*, l'origine della discussa ipotesi di risoluzione del contratto di locazione *ob metum spectrorum*:

Intorno a questa materia lo stesso Giureconsulto fu di nuovo interrogato: Se uno avesse sloggiato la casa per timore, sarebb'e-

gli tenuto al pagamento della mercede? Rispose: Se vi fu motivo di temere un pericolo, quantunque realmente non vi fosse pericolo, non sarebbe tenuto a pagare la mercede; ma se non vi fu giusto motivo di timore, sarà ciò non ostante tenuto(3).

Alla fine del XVI secolo, Gotofredo commenterà il passo, raccontando il seguente aneddoto:

Mi ricordo che sendo giovinetto, Ludovico Santonio eloquentissimo avvocato nel foro di Parigi, mio curatore e cognato, abbia ottenuto la remissione di pensione ad un certo suo cliente, il quale lamentavasi non aver potuto godere della casa tolta in fitto per gli spettri e fantasmi che la infestavano, affermando che la locazione essendo simile alla vendita, sembrerebbe che trasferisse immantimenti nel conduttore il pericolo della casa locata(4).

Dopo la trattazione sistematica del problema all'interno del diritto comune, iniziata a partire dall'opera di Portius(5), il tema continuerà ad essere discusso sino all'«età dei lumi». Ne dibatteranno, infatti, Joannes Samuel Stryk nella *Disputatio juridica de jure spectrorum* (1700), Carl Friedrich Romanus, che scriverà la *Dissertatio juridica inauguralis de rescissione contractus locati conducti ob metum spectrorum* (1703) e Christian Thomasius, il *Praeceptor Germaniae*, autore di una dissertazione *De non rescindendo contractu conductionis ob metum spectrorum* (1711). Nel 1746 l'abate Calmet sosterrà ancora che «molti giureconsulti, molte celebri assemblee hanno giudicato che l'Apparizione di un morto in una casa poteva annullare il contratto di pigione»(6).

Il *Code civil* del 1804 non farà, invece, parola degli spettri. E gli interpreti non tarderanno allora a ritenere chiusa ogni questione a proposito: le perfette norme del *Code civil*, scriverà il Troplong, «non si applicheranno più ai nostri di per le apparizioni di spettri, fantasmi, od ombre di che i nostri vecchi scrittori tanto si preoccupavano»(7). Alla stessa maniera annota il Touiller: «A' tempi nostri i fantasmi non fanno paura a niuno, e su tale questione i giureconsulti moderni si mostreranno certamente più agguerriti e più illuminati degli antichi»(8). L'esegesi del codice napoleonico procederà lungo questa linea per tutto il secolo: «*En notre siècle de lumière une pareille prétention ne pourroit se produire sans être taxée de folie*»(9), scrive fiducioso Batou nel 1866.

Già Brillouin aveva, per la verità, notato il contrasto tra la giurisprudenza del Parlamento di Parigi, che rifiutava l'apparizione degli spettri quale causa di risoluzione, e quello di Bordeaux, più incline a riconoscerla: «*La raison de cette différence, entre la jurisprudence de deux parlements, peut être de ce que les visions ne sont pas si fréquentes à Paris qu'en Guienne*»(10). Commentando il passo alla metà dell'Ottocento, Dalloz aggungerà: «*Quoi qu'il en soit, la question ne se présente plus aujourd'hui*»(11).

Eppure, finito il tempo di Bonaparte, gli spettri, progressivamente, ricominciarono ad apparire nell'Europa del secolo diciannovesimo. Lo stesso fantasma di Napoleone non tardò a mostrarsi - come già gli spettri di Augusto e di Caligola nell'antica Roma(12) - nelle case dei francesi e nei tanti episodi di spiritismo che registrerà il XIX secolo(13), allo stesso modo in cui si agiterà il fantasma di Rousseau nella casa di *Les Charmettes*, visitando la quale Vernon Lee scriverà: «*The house you enter stands empty, but with the air of having been inhabited till yesterday, though inhabited a little by ghosts*»(14).

Walter Scott è forse il miglior interprete di questa atmosfera spettrale. Ironico di fronte alla credenza negli spettri propria dei popoli nordici, è ad una storia di fantasmi che egli fa risalire l'origine dell'istituto giudiziario della giuria popolare. In un racconto, Scott narra, infatti, che il proprietario di una casa «infestata»

[...] riuni una giuria di vicini, costituita secondo la consueta struttura giudiziaria, come per giudicare una causa civile ordinaria e procedette, in loro presenza, a citare uno per uno i vari fantasmi e quelli che avevano l'aspetto dei membri deceduti della famiglia,

* L'Avv. Tommaso Gazzolo è autore dell'Introduzione e del paragrafo «Dagli spiriti allo spiritismo»; l'Avv. Alessandro Gazzolo è autore del paragrafo «Fantasma ed onere della prova».

perché dimostrassero con quale diritto contendevano a lui e ai suoi servi il tranquillo possesso della sua proprietà e quale difesa potevano addurre per questa interferenza e questo disturbo del loro vivere. [...] Fu infine pronunciata una sentenza contro gli spiriti in contumacia; e il processo con giuria, del quale possiamo qui rintracciare l'origine, ottenne un trionfo sconosciuto ad alcuno dei grandi scrittori che ne hanno fatto oggetto di elogio(15).

Eppure, più che nel folklore, la "casa infestata" ritorna, nell'Ottocento, come tema classico del salotto borghese. Ritorna come *spiritismo*. La letteratura forense non mancherà allora di far propria l'atmosfera di *tempestuous loveliness of terror* di cui parlerà Shelley e delle suggestioni del genere letterario della *ghost-story*, «innesto del realismo sul romanticismo»(16), il quale troverà espressione soprattutto, ma non solo, nell'Inghilterra vittoriana, da Montague Rhodes James a Charlotte Riddell(17). Si tratta, peraltro, di una letteratura sovente d'ambientazione italiana, come nei racconti di Vernon Lee (*Hauntings*, 1889)(18) e come suggeriscono anche gli appunti di viaggio di Charles Dickens, autore cui sarà familiare il tema degli spettri.

A proposito dell'Italia di fine Ottocento, del resto, uno scritto di Passaro del 1904 registrerà episodi di "case infestate" a Genova (1865), Pavia e Modena (1875), Catania (1879), Roma (1876 e 1881), Trieste (1881) e Torino (1903)(19). Negli stessi anni in cui Cesare Lombroso prenderà parte alle sedute spiritiche di Eusapia Paladino - la *medium* che sarà ospite anche del D'Annunzio a Parigi - (20), appariranno i primi contributi giuridici in materia sotto la vigenza del codice civile del Regno: basti qui ricordare gli scritti di Zingaropoli sul caso dell'appartamento in Largo San Carlo alle Mortelle n. 7 a Napoli preso in affitto dalla duchessa Bartoli di Castelpuoto (*Castelpoto contro Englen*, 1907)(21), Edmondo Dodsworth, traduttore di William Blake ed intellettuale vicino ad Ezra Pound e Julius Evola (1910)(22) e D'Amelio (1910), Consigliere della Corte d'Appello di Roma(23).

Anche in ambito europeo, i casi di abitazioni infestate dagli spiriti si presenteranno periodicamente all'attenzione della giurisprudenza e della dottrina, dall'articolo di Blewett Lee apparso sulla *Harvard Law Review* del 1921(24) sino al caso del locatario denunziato a Charlottenburg nel 1929 per aver portato degli spiriti (*poltergeist*) nella casa affittata(25).

Come scriverà Antonio Visco nel 1960, se molti sorrideranno leggendo della possibilità di risolvere il contratto di locazione in ragione degli «spiriti che infestano la casa», non vi è a ben vedere alcun motivo valido, anche nell'attuale regime del nostro codice civile, per impedire la «constatazione di fatti» relativi a fantasmi e spettri ed alle loro manifestazioni.

Si tenga presente, peraltro, che le controversie portate avanti ai giudici nella vigenza del codice civile del Regno d'Italia «non sono state in genere pubblicate dalle riviste di giurisprudenza»(26), con la conseguenza che sono per lo più i riferimenti della dottrina a documentare i «recenti giudicati», come scrive il Fubini(27), intervenuti in materia.

Letteratura e cronaca(28) diventano così fonti parimenti preziose rispetto alla giurisprudenza pubblicata per valutare le controversie giuridiche in materia di case infestate, tanto più in un contesto ove è proprio realtà sociale - "popolare" sarebbe, come vedremo, scorretto - a rinnovare continuamente gli orientamenti del diritto e le vie da seguire nella regolamentazione degli interessi patrimoniali oggetto dell'autonomia privata.

Nella novella *La casa del Granella* di Pirandello, l'avvocato Zummo, chiamato a difendere gli inquilini che avevano abbandonato la casa presa in affitto perché infestata dai fantasmi e citati dal proprietario in giudizio per il rispetto del contratto, si in-

terroga su quei «due soli articoli» che «potevano offrire un certo fondamento alla lite: l'articolo 1575 e il 1577». L'avvocato nutre forti dubbi in materia, in quanto «eccependo questi due articoli [...] non c'era via di mezzo, bisognava provare l'esistenza reale degli spiriti. C'erano i fatti e c'erano le testimonianze. Ma fino a qual punto erano queste attendibili? E che spiegazione poteva dare la scienza di quei fatti?».

Il legale, inizialmente scettico, finirà tuttavia per convincersi del fatto che i fenomeni spiritici siano innegabili. La sua arringa, preparata con scrupolosità scientifica per intere settimane, finisce per riscuotere il successo del pubblico e persino dei giudici. La causa è, però, perduta:

[...] del resto, venendo a considerer più da vicino il processo, se per l'articolo 1575 il locatore è tenuto a garantire al conduttore il pacifico godimento della cosa locata, nel caso in esame, come avrebbe potuto il locatore stesso garantir la casa dagli spiriti, che sono ombre vaganti e incorporee? come scacciare le ombre? E, d'altra parte, riguardo all'articolo 1577, potevano gli spiriti costituire uno di quei vizi occulti che impediscono l'uso dell'abitazione? Erano forse ingombranti? E quali rimedi avrebbe potuto usare il locatore contro di essi? Senz'altro, dunque, dovevano essere respinte le eccezioni dei convenuti.

Eppure, vinta la controversia, anche il proprietario, il Granella, sarà assediato dai fantasmi. La giurisprudenza, del resto, si dimostrerà più incline a riconoscere gli spettri di quanto non fosse stata la letteratura. Nel 1927, infatti, il Pretore di Pomigliano ammetterà prova testimoniale volta ad accertare se la casa presa in locazione dal Signor Giuseppe Tommasini, Direttore del Dazio, fosse abitata da spettri e demoni. I capitoli di prova vengono così riformulati dal giudice:

1. Che la casa locata dalla Cutinelli al Tommasini Giuseppe è infestata dagli spiriti; 2. Che essi arrecano grave molestia agli inquilini, tanto che altro inquilino è stato costretto ad abbandonarla prima della fine della locazione; 3. Che il Tommasini ignorava tali fatti quando prese in locazione la casa e che posteriormente ne fu informato(29).

Secondo la Pretura, il combinato disposto degli artt. 1575 n. 3 e 1577 del codice civile indicava come «il godimento della cosa locata in modo pacifico costituisce un elemento sostanziale, essenziale del contratto di locazione», tale da giustificare, ove assente, la risoluzione del contratto. Né si vede, sottolinea il giudice, come «i fatti spiritici» possano dirsi esclusi dai «vizi occulti e le molestie»:

Quando *questa specie di mal definita milizia leggiera di Satana*, come chiama gli spiriti P. Martino del Rio nelle sue *Magiche disquisizioni*, invade una casa sotto forma di spettri e di demoni, animali, mostri, fauni, sfingi; quando persone invisibili emettono gridi, producono inspiegabili rumori, fracassano, sconvolgono; quando inveiscono contro le persone, facendole segno a lancio di mobili, pietre ed oggetti [...] non v'ha chi non vede che il godimento della casa locata non esiste, che è soppresso l'*uti* e il *frui*, che i Romani stabilivano come elemento primo ed essenziale della locazione(30).

La sentenza, due mesi più tardi, dichiarerà la risoluzione del contratto a favore del Tommasini.

La presenza degli spettri, nella storia del diritto, è tuttavia di difficile decifrazione: la modernità, infatti, non riuscirà ad escludere definitivamente quella che parve, nell'età dei lumi, una semplice "superstizione". Non era, infatti, soltanto la *nox quia nocet* medievale(31) a rappresentare il tempo dei fantasmi. L'evocazione degli spiriti, al contrario, diventerà una moda essenzialmente borghese a partire dalla metà del secolo decimonono. Ed è nei salotti borghesi che Svevo, nella *Coscienza di Zeno*, e Pirandello, con *Il fu Mattia Pascal*, ambientano due celebri scene di sedute spi-

ritiche. Il gusto per l'occulto - scriverà Croce - «apparve nel bel mezzo del razionalismo del secolo XVIII con gli entusiasmi per Mesmer e per Cagliostro, e riappare nel più forte del naturalismo del secolo XIX con la voga dello spiritismo e del teosofismo: superstizioni che son conseguenza del culto esclusivo di una scienza limitata ed incompleta»(32).

Moda, dunque, della borghesia di fine secolo e, più tardi, della società di massa, la passione per i fenomeni medianici sembra spiegarsi con quell' «opprimente ricchezza d'idee», miseria dell'immenso sviluppo della tecnica, diffusasi, come osserva Walter Benjamin, «con la rivalizzazione di astrologia e sapienza Yoga, *Christian Science* e chiromanzia, vegetarianismo e gnosi, scolastica e spiritismo»(33).

3. Fantasmi ed onere della prova.

La «casa infestata» è tema sul quale, a dispetto delle apparenze, la giurisprudenza non ha, ad oggi, posto la parola fine. Ancora di recente, nel 1991, la Supreme Court, Appellate Division, di New York, ha dichiarato la risoluzione (*rescission*) di un contratto di compravendita di una abitazione «infestata». Si tratta del caso *Stambovsky v. Ackley*(34), in cui il giudice Israel Rubin ha dichiarato: «As a matter of law, the house is haunted».

Nella fattispecie concreta, il Signor Stambosky, agente di cambio di Manhattan, aveva acquistato una villa in provincia, la quale - secondo l'opinione diffusa nel paese - sarebbe stata abitata da fantasmi, tanto da essere inclusa in un giro turistico delle case infestate nei dintorni. La Corte ha disapplicato, nel caso di specie, il principio del *caveat emptor*(35) - secondo il quale il rischio di un bene viziato cade sul compratore - in quanto sarebbe stato iniquo addossare all'acquirente l'onere di un accertamento avente ad oggetto situazioni, quali la presenza di spiriti in una casa, eccezionali. Secondo l'opinione del giudice Rubin, infatti:

In the case at bar, defendant seller deliberately fostered the public belief that her home was possessed. Having undertaken to inform the public-at large, to whom she has no legal relationship, about the supernatural occurrences on her property, she may be said to owe no less a duty to her contract vendee [...]. Where, as here, the seller not only takes unfair advantage of the buyer's ignorance but has created and perpetuated a condition about which he is unlikely to even inquire, enforcement of the contract (in whole or in part) is offensive to the court's sense of equity. Application of the remedy of rescission, within the bounds of the narrow exception to the doctrine of caveat emptor set forth herein, is entirely appropriate to relieve the unwitting purchaser from the consequences of a most unnatural bargain.

È bene, tuttavia, ritornare all'ordinamento italiano, ed al caso paradigmatico della «locazione di casa infestata», con riferimento all'applicabilità del rimedio risolutorio in presenza di *vizi di origine sconosciuta*. Non a torto il Visco scrive: «dobbiamo stare alla constatazione dei fatti, anche se ancora non riusciamo a spiegarcene le cause e la natura»(36), ed è perciò «delicato problema giuridico»(37) quello che attiene al riscontro, ed alla individuazione della relativa responsabilità, di fenomeni tutti empirici: «spostamenti di mobili, sbattimenti di finestre e porte, rotture di vasellame, rumoroso suonar di campanelli anche staccati, piogge di pietre talora calde o brucianti non conformi alle leggi fisiche»(38).

Se non sembra, oggi, più possibile ammettere la rilevanza del principio «*quamvis periculum vere non fuisset*» e del cosiddetto «pericolo o vizio putativo»(39), sembra, invece, opportuno collocare sistematicamente il caso dell'infestazione dell'abitazione entro la nozione di *causa ignota*.

Sotto tale profilo, va evidenziato come, in tema di danni provocati dalla struttura *originaria* della cosa locata, vige nel nostro or-

dinamento il principio che «sussiste in capo al proprietario locatore la *presunzione di responsabilità* che si ricollega all'obbligo, imposto dall'art. 1575 c.c., di consegnare al conduttore la cosa locata in buono stato di manutenzione e di conservarla in condizioni che la rendano idonea all'uso convenuto», la quale «può essere vinta mediante la prova, offerta dal locatore medesimo, dell'imputabilità dell'evento al caso fortuito ovvero dal fatto illecito del terzo» (Cass., Sez. III, 13 Maggio 2008, n. 11903; Cass., Sez. III, 17 Maggio 2010, n. 11969; Cass., 18 Maggio 2005 n. 10389).

Parimenti, l'art. 1578 c.c. pone una presunzione *iuris tantum* di conoscenza del vizio in capo al locatore, con la conseguenza che, se l'abitazione è «infestata» da fenomeni che rendano inidonea la cosa all'uso cui è destinata - come quello abitativo - la responsabilità del locatore deve ritenersi dimostrata anche laddove la causa dei vizi sia rimasta sconosciuta.

La prospettiva della garanzia per vizi in tema di cosa locata, come è stato osservato(40), non si fonda sulla posizione soggettiva del locatore (*colpa*), bensì sull'oggettivo godimento del conduttore, non rivestendo il rimedio di cui all'art. 1578 c.c. carattere sanzionatorio e risarcitorio, ma unicamente funzione di «*rafforzata garanzia*» rispetto a quanto già previsto dall'art. 1575 c.c.(41). Se, allora, la presunzione di responsabilità può essere vinta mediante la prova, offerta dal locatore medesimo, dell'imputabilità dell'evento al caso fortuito (cfr. App. Roma, Sez. III, 6 Aprile 2010; Cass., Sez. III, 18 Maggio 2005, n. 10389), va tuttavia evidenziato come esso - e già lo aveva sottolineato la Relazione al codice civile - non possa identificarsi con la causa rimasta sconosciuta.

La cosiddetta prova liberatoria per caso fortuito, in tal senso, non può ritenersi integrata dal mancato accertamento della causa, laddove ciò non induca incertezza sulla riconducibilità delle inidoneità della cosa locata al locatore (cfr. Cass., Sez. III, 17 Luglio 2002, n. 10382).

Se il danno, pertanto, «è provocato da una causa non identificata né identificabile, l'obbligo risarcitorio è accollato al soggetto sul quale grava la prova liberatoria»(42). Deve così distinguersi «tra causa ignota e fatto di terzo rimasto ignoto, atteso che *se rimane ignota la causa del danno, pur essendo certo che esso deriva dalla cosa*, la responsabilità è imputabile al custode; mentre laddove è certo che il fatto sia addebitabile ad un terzo, pur rimanendo ignoto chi egli sia, il custode può invocare il fortuito se ne sussistono gli estremi» (Trib. Piacenza, 21 Dicembre 2010, n. 900; Cass., n. 25029/2008).

In tema di «accollo» della causa ignota, si sono avute di recente pronunzie anche in materia di contratto di trasporto aereo(43), responsabilità medica(44) e dell'imprenditore per danni cagionati ai lavoratori dalle cose loro assegnate(45), ma, soprattutto, è stato sottolineato il sostanziale parallelismo tra la prova liberatoria di cui all'articolo 1588 del c.c. (in tema di responsabilità del conduttore per la perdita e il deterioramento della cosa locata) e quella di cui al successivo articolo 2051 dello stesso codice. Deriva, da quanto precede, che:

[...] *l'azione dolosa di terzi rimasti ignoti non appare riconducibile al caso fortuito proprio perché quei terzi sono rimasti ignoti*. In altre parole, non essendo stati concretamente individuati i responsabili, non si ravvisa quel fatto del terzo che postula tuttavia da parte del custode la prova della forza causale determinante e autonoma di tale fatto nella produzione del danno assolutamente inevitabile da parte sua in situazione parificabile al caso fortuito, restando a suo carico la causa ignota (Cass., Sez. III, 16 Marzo 2003, n. 9619(46)).

La ratio di tale accollo del «costo del danno», secondo la Suprema Corte, non è più la colpa, ma un *criterio oggettivo*, che tut-

tavia rimane fuori dalla norma (nel caso di specie, l'art. 2051 c.c.): Esso fu individuato nella *deep pocket* ("tasca ricca") negli ordinamenti del common law e nella *richesse oblige*, nella tradizione francese, mentre nell'affinamento dottrinale successivo si è ritenuto che la ratio vada individuata nel principio dell'esposizione al pericolo o all'assunzione del rischio, ovvero nell'imputare il costo del danno al soggetto che aveva la possibilità della *cost-benefit analysis*, per cui doveva sopportarne la responsabilità, per essersi trovato, prima del suo verificarsi, nella situazione più adeguata per evitarlo nel modo più conveniente, sicché il verificarsi del danno discende da un'opzione per il medesimo, assunta in alternativa alla decisione contraria (Cass., Sez. III, 6 Luglio 2006, n. 15383).

Sull'art. 1588 c.c., è stato di recente precisato come «la presunzione di colpa a carico del conduttore [è] superabile soltanto con la dimostrazione che la causa dell'incendio, identificata in modo positivo e concreto, non sia a lui imputabile, onde, in difetto di tale prova, la causa sconosciuta o anche dubbia della perdita o del deterioramento della cosa locata rimane a suo carico» (Cass., Sez. III, 17 Maggio 2010, n. 11972).

Il parallelismo sopra richiamato deve ritenersi sussistere, per ragioni sistematiche e di logica giuridica, anche con riferimento all'art. 1575 c.c., dal momento che la presunzione di responsabilità gravante sul locatore per l'*im idoneità* del bene all'uso convenuto può essere vinta, come si è visto, unicamente mediante la prova positiva dell'imputabilità dell'evento al caso fortuito o al fatto illecito del terzo.

Se, pertanto, si scinde il "vizio" - rappresentato da fenomeni *oltre o contro natura* (piatti che volano, porte che sbattono, campanelli che trillano) ma pur sempre "empiricamente riscontrabili" - dalla "causa" (l'infestazione spettrale), sembra potersi concludere nel senso che, in presenza di vizi, sarà il locatore a dover subire l'onere di "identificare la causa ignota", ossia di fornire la prova di una causa *positiva* del vizio estranea alla sua sfera di azione, rimanendo a suo carico l'origine sconosciuta. In definitiva, quale consiglio legale, riterrei certamente più conveniente ospitare uno spettro rumoroso e molesto, che non anime pie e silenziose, visioni personali del solo conduttore. In quest'ultimo caso, infatti, allo stesso non rimarrebbe altro che corrispondere il canone di locazione fino alla scadenza del contratto.

Per riprendere nuovamente Derrida, non c'è propriamente fantasma senza «un'apparenza di carne, in uno spazio di visibilità invisibile» (47): ci vuole sempre, per produrre il fantasma un *ritorno al corpo*. Il processo spettrale, la costituzione dell'effetto fantasma, non è pertanto una *spiritualizzazione*, ma una *incorporazione*. Da qui l'equivoco del "mentalismo giuridico": negare al fantasma lo stato di *ente* ("causa"), è proprio ciò che consente ad esso di ripresentarsi come *fenomeno* ("vizio"). Il concetto giuridico di "causa", infatti, non è *ontologico*, ma *hantologico*, ossia "infestato" e significato dall'ignoto, da ciò che resta sconosciuto. Ed è proprio esso che consente al fantasma di ritornare come "corpo", come "vizio" derivante da una causa che, non potendo definirsi, mette in scacco il locatore. *Well grubbed, old mole!*

Note:

(1) Cfr. R. Caterina, *Storie di locazioni e di fantasmi*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2011.

(2) Sul punto, si veda lo studio di E. Nardi, *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, Milano, Giuffrè, 1960. Cfr. anche F. Cancelli, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano: appunti esegetico-critici*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 62; A. Stramaglia, *Res inauditae, incredulae: storie di fantasmi nel mondo greco-latino*, Bari, Levante, 1999 e, per l'epoca rinascimentale, P. Aretini, *I fantasmi degli antichi tra*

Riforma e Controriforma: il soprannaturale greco-latino nella trattatistica teologica del Cinquecento, Bari, Levante, 2000.

(3) Digesto, XIX, II, 27: «*Iterum interrogatus (est) si quis timoris causa emigrasset, deberet mercedem necne? Respondit: Si causa fuisset cur periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem; sed si causa timoris justa non fuisset, nihilominus debere*» (trad. it. di A. Bazzarini, *Le pandette di Giustiniano disposte in nuovo ordine da R. G. Pothier*, II, Venezia, 1833, p. 814). Cfr. S. Tafaro, "Causa timoris" e "migratio inquilinorum" in un responso serviano (da *Alfenus D. 19.2.27.1*), in «*Index*», 5, 1974/75, pp. 49-65.

(4) Trad. it. di G. Vignali e L. Mezzacapo in *Corpo del diritto. Corredato dalle note di Dionisio Gotofredo e di C.E. Freisleben altrimenti Ferromontano - IV Digesto*, volume III, Napoli, Achille Morelli, 1857, p. 134. Il passo citato continua in questo modo: «Quegli paragonava quest'ipotesi alla compera dei frutti futuri, che se non ve ne esistessero affatto, era chiaro che la vendita era nulla; era nulla quindi in questo caso la locazione, perché siffatti spettri impedirebbero di abitare la casa. Io sostenevo non doversi soccorrere in questo caso il conduttore che facilmente si spaventasse, essendo chiaro da Plinio, epistola 7, capo 27, che Atenodoro, filosofo in Atene, in niuna guisa si era di ciò spaventato: e non doversi d'altronde considerare timore che quello che possa fare impressione su di un uomo forte [...]».

(5) Cfr. E. Nardi, *Case infestate*, cit., pp. 29-30 e 185-208.

(6) A. Calmet, *Dissertations sur les apparitions des Anges, des Démones et des Esprits set sur les revenant set vampires de Hongrie, de Boheme, de Moravia et de Silesie*, Paris, 1746; trad. it. *Dissertazioni sopra le apparizioni de spiriti e sopra i vampiri, o I redivivi d'Ungheria, di Moravia ec.*, Venezia, Simone Occhi, 1756, p. 67.

(7) R. T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. De l'échange et du louage*, Bruxelles, Meline, Can set compagnie, 1841, p. 96 (La traduzione è tratta da L. Sampolo, *Spiegazione teorico-pratica del Codice Napoleone contenente l'analisi critica degli autori e della giurisprudenza, opera del Signor V. Marcadé*, III, Palermo, Fratelli Pedone Lauriel, 1858, p. 341).

(8) C.B. Toullier, *Droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique* (proseguito da Duverger), Paris, 1811-1831, trad. it. *Il diritto civile francese secondo l'ordine del codice: opera nella quale si è preoccupato di unire la teoria alla pratica*, IX, Palermo, Fratelli Pedone Lauriel, 1856, p. 181

(9) J. H. Batou, *Nouveau code du propriétaire et du locataire*, Bruxelles, Adriaens, 1866, p. 56.

(10) P.J. Brillou, *Dictionnaire des arrest, ou jurisprudence universelle des Parlements de France*, I, 1727, p. 417. Cfr. anche C. Pocquet de Livonnière, *Coutumes du pays et duché d'Anjou*, II, Paris, J. B. Coignard, 1725, cap. IX. *Si un Bail à lonage peut être resolu sous pretexte d'apparition d'esprits*, p. 1022.

(11) M. D. Daloz (a cura di), *Jurisprudence générale. Répertoire méthodique et alfabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, XXX, Paris, 1853, p. 319.

(12) Cfr. Svetonio, *De vita duodecim Caesarum, Divus Augustus*, 6; C. *Ca ligula*, 59.

(13) Cfr. R. Sudre, *Trattato di Parapsicologia*, Roma, Astrolabio, 1966, p. 26.

(14) V. Lee, *Les charmettes*, in Id., *The Enchanted Wood: And Other Essays on the Genius of Places*, London, 1909, p. 177.

(15) W. Scott, *Letters on Demonology and Witchcraft addressed to J.G. Lockhart, Esq. by Sir Walter Scott*, London, 1830; trad. it. di A. Merlino, *Demoni e streghe*, a cura di M. P. Donat-Cattin, Roma, Donzelli, 1994, p. 97.

(16) M. Praz, *Storie di fantasmi*, in Id. *Cronache letterarie anglosassoni*, III, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 1966, p. 133. Si tratta di una recensione all'antologia *Storie di fantasmi. Racconti del soprannaturale*, a cura di C. Fruttero, Torino, Einaudi, 1960.

(17) Cfr. N. Brown - C. Burdett - P. Thurschwell (a cura di), *The Victorian Supernatural*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; J. Briggs, *NightVisitors. The Rise and Fall of the English Ghost Story*, London, Faber and

Faber, 1977; M. Cox - R. A. Gilbert (a cura di) *Victorian Ghost Stories. An Oxford Anthology*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1991; A. Contenti, *Fantasma e palazzi. Leggende gotiche metropolitane dai diari di Augustus Hare*, Roma, Carocci, 2002. Per la letteratura americana, cfr. H. Kerr, *Mediums and Spirit-Rappers, and Roaring Radicals. Spiritualism in American Literature 1850-1900*, Urbana, University of Illinois Press, 1972; C. A. Lundie (a cura di), *Restless spirits: ghost stories by american women, 1872-1926*, University of Massachusetts Press, 1996. Si veda anche la recent antologia di H. Conrad O'Brian - J. A. Stevens, *The Ghost Story from the Middle Ages to the Twentieth Century*, Dublin, Four Courts Press, 2010.

(18) Cfr. C. Maxwell, *Vernon Lee and the ghosts of Italy*, in A. Chapman - J. Stabler (a cura di), *Unfolding the South. Nineteenth-century British women writers and artists in Italy*, Manchester, Manchester University Press, 2003, pp. 201-221; B. W. Young, *Hanoverian Hauntings*, in Id., *The Victorian Eighteenth Century: an intellectual History*, New York, Oxford University Press, 2007, pp. 148 ss.

(19) Cfr. E. Passaro, *Sulle manifestazioni spontanee misteriose*, in F. Zingaropoli, *Gesta di uno spirito nel monastero dei PP. Gerolamini in Napoli: cronaca del sec. 17 per la prima volta edita ed illustrata*, Napoli, Detken&Rocholl, 1904.

(20) I resoconti di questi numerosi incontri saranno seguiti dal giornalista L. Barzini, che li descriverà nel libro *Nel mondo dei misteri con Eusapia Paladino*, Milano, 1907. Si vedano le opere di C. Lombroso, *Sui fenomeni spiriti e la loro interpretazione*, in «La Lettera», Novembre 1906, pp. 978-987; Id., *Case fantomatiche (hantées)*, in «Luce e ombra», Gennaio/Febrero 1909, pp. 3-21; Id., *Ricerche sui fenomeni ipnotici e spiritici*, Torino, Utet, 1909. Cfr., ora, S. Cigliana, *La seduta spiritica. Dove si racconta come e perché i fantasmi hanno invaso la modernità*, Roma, Fazi, 2007; G. Mina (a cura di), *Francesco Zingaropoli, Cesare Lombroso: Spiriti Inquieti. Le case "infestate" fra palcoscenici e tribunali*, Besa, Nardò (Lecce), 2008.

(21) Nella causa, celebrata davanti alla Pretura di Napoli nel 1907, fu dichiarata l'incompetenza per valore del giudice, il quale rimise le parti davanti al Tribunale. Le stesse, tuttavia, si accordarono con una transazione per una riduzione del canone di locazione. Cfr. F. Zingaropoli, *Una casa infestata dagli spiriti: diritti dell'inquilino alla risoluzione del contratto di locazione: memoria in difesa della duchessa di Castelpoto contro Laura Englen*, Napoli, Tipografia Monsignor Perrelli, 1907. Cfr. anche F. Zingaropoli, *Case infestate dagli Spiriti - Realtà dei fenomeni - Le case infestate di fronte al diritto*, Napoli, Società Editrice Partenopea, 1917.

(22) E. Dodsworth, *Le case infestate dagli spiriti e il diritto dell'inquilino alla risoluzione del contratto*, Torino, Lattes, 1910 (estratto ed originariamente apparso in «Ultra», 3, n. 1-2, 1909). Cfr. anche E. Morselli, *Fakiri e case infestate in un conflitto sullo spiritismo*, in «Coenobium» 2, 1909, pp. 75-100.

(23) M. D'Amelio, *Le case infestate dagli spiriti e il diritto alla risoluzione del contratto di locazione*, in «Rivista di diritto commerciale», VII, 1, 1910, pp. 218-221. Cfr. la recensione dell'articolo di J. Perroud, *La résolution du bail pour privation de jouissance résultant d'esprits hantant les lieux loués*, in «Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée», 38, 1911, pp. 120-121.

(24) Cfr. B. Lee, *Psychic Phenomena and the Law*, in «Harvard Law Review», 34, n. 6, 1921, pp. 625-638.

(25) Riportato in A. Visco, *Trattato delle case in locazione*, Bari, Leonardo da Vinci, 1960, p. 86.

(26) A. Visco, *Trattato*, cit., pp. 84-86.

(27) E. Nardi, *Case infestate*, cit., p. 213.

(28) R. Fubini, *Il contratto di locazione di cose*, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1917², p. 118.

(29) Di recente i giornali hanno pubblicato notizia di una casa di 200 mq, acquistata nell'Ottobre 2005 dal Signor Gaetano Bastianelli in Santo Chiodo di Spoleto per il prezzo di Euro 120.000,00, che l'attuale proprietario denuncia come infestata dai fantasmi. Il suo legale ha dichiarato che intende promuovere azione di annullamento del contratto di compravendita. Cfr. *Fantasma in un'abitazione di Spoleto, Il proprietario in Tribunale*, in *Il Giornale dell'Umbria*, 17 marzo 2008. Si ha,

ancora, notizia di fantasmi in Via Tasso a Napoli (cfr. A. Cangiano, «Paranormal Activity». *Ma a via Tasso...*, in *Corriere del mezzogiorno*, 10 febbraio 2010). *La Repubblica*, il 13 Febbraio 2008, dà invece notizie da Londra (*Casa inglese infestata dai fantasmi e l'esorcista lo paga il Comune*, in *La Repubblica*, 13 Febbraio 2008, p. 21). Per quanto riguarda Genova, cfr. *Più fantasmi tra i caruggi, Genova si scopre inquieta*, in *La Repubblica*, 31 Marzo 2005, Sez. Genova, p. 7; E. Megli, *Fantasma al ristorante. Guerra di carte bollate*, in *Il Secolo XIX*, 31-12-2008.

(30) Pretura di Pomigliano - 13 Marzo 1927, in «Rivista del diritto commerciale», XXV, II, 1927, p. 556.

(31) Pretura di Pomigliano, cit., p. 555.

(32) Cfr. M. Sbriccioli, *Nox quia nocet. I giuristi, l'ordine e la normalizzazione dell'immaginario*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 261-273.

(33) B. Croce, prefazione a M. Giobbe, *Mefistofele*, Milano, Bietti, 1902, p. 9.

(34) W. Benjamin, *Erfahrung un Urteil* (1933); trad. it. di F. Desideri, *Esperienza e povertà*, in F. Rella, *Critica e storia. Materiali su Benjamin*, Venezia, Cluva Libreria Editrice, 1980, p. 203.

(35) Cfr. *Jeffrey M. Stambovsky v. Helen v. Ackley and Ellis Realty*, in A. H. Kastley - D. W. Post - S. K. Hom (a cura di), *Contracting Law*, Durham, Carolina Academic Press, 2000², pp. 601-605. Per l'Italia, si veda la nota di M. Nunziata, *Un recente caso americano di compravendita di casa infestata dagli spiriti*, in «Rivista di diritto civile», II, 1992, pp. 417-421.

(36) Cfr., per una introduzione, W. B. Goldfarb, *Fraud and Non-disclosure in the Vendor-Purchaser Relation*, in «Western Reserve Law Review», 8, 1954, pp. 5-44.

(37) A. Visco, *Trattato*, cit., p. 85.

(38) E. Nardi, *Case infestate*, cit., p. 23.

(39) E. Nardi, *Case infestate*, cit., p. 11.

(40) Così, invece, argomentano sia V. Simoncelli, *Trattato delle locazioni dei predii urbani e rustici*, I, I, Lanciano, Carabba, 1892, pp. 242-246, che C. Giannattasio, *Della locazione*, in *Codice civile. Commentario a cura dei D'Amelio e Finzi, Libro delle obbligazioni*, II, 1, Firenze, Barbera, 1947, p. 253.

(41) Cfr. A. Tabet, *La locazione-conduzione*, in A. Cicu - F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXV, Milano, Giuffrè, 1972, p. 494.

(42) V. Cuffaro - F. Padovini (a cura di), *Locazione*, in S. Patti (diretto da), *Codice ipertestuale di locazione e condominio*, Torino, Utet, 2006, p. 27.

(43) G. Alpa, *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, Utet, 2010, p. 343.

(44) Cass. Sez. III, 27 Ottobre 2004, n. 20787.

(45) Trib. Varese, 10 Febbraio 2010, n. 16; Trib. Monza, 15 Marzo 2006.

(46) Cfr. Trib. Genova, Sez. II, 22 Ottobre 2010.

(47) Cfr. anche l'interessante pronuncia, per il nostro discorso, del Giudice di pace Monza, 5 Gennaio 1999: «Il conduttore di appartamento può accedere ai vani box del condominio anche con autovettura di proprietà di un terzo da questi guidata e se il cancello automatico, non obbedendo al comando fotocellulare, urti il veicolo danneggiandolo, la responsabilità patrimoniale, non configurandosi oggettiva nel caso di danno cagionato da cosa in custodia, è, per presunzione, a carico del condominio possessore, quando esso non adempia l'onere di identificare la causa ignota, che ha impedito all'impianto telecomandato di tenere aperto il cancello». In dottrina, per la causa ignota e la responsabilità del custode, cfr. P. Laghezza, *Acquae et ignis, ovvero: dell'incendio, dell'allagamento e della causa ignota nell'art. 2051 c.c.*, in «Danno e responsabilità», 10, fasc. 11, 2005, pp. 1101-1111; S. Medici, *La causa ignota nello scoppio di bombola a gas e la simultanea operatività degli artt. 2050 e 2051 c.c. per la Cassazione. Nota a Cass.*, Sez. III, 4 Giugno 1998, n. 5484, in «Responsabilità civile e previdenza», 64, fasc. 1, 1999, pp. 117-12; G. G. Greco, *Rapporto di causalità e prova liberatoria*, in G. G. Greco - D. M. Pasanisi, B. Ronchi, *I danni da cose in custodia*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 159-239.

(48) J. Derrida, *Spectres de Marx*, Paris, Galilée, 1993; trad. it. Di G. Chiu-razzi, *Spettri di Marx*, Milano, Cortina, 1994, p. 160.

*Illuminismo e critica del diritto:
il “probabiliorismo giuridico”
di Ludovico Antonio Muratori.
Una (ri)lettura dell’opera
“Dei difetti della giurisprudenza”*

Roberto Negro

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. Premessa. - 2. Ludovico Antonio Muratori. - 3. *Dei difetti della giurisprudenza*. - 4. I temi dell’opera. - 5. Il “probabiliorismo giuridico”: i criteri guida per i giudici e gli avvocati ed un abbozzo di politica legislativa. - 6. Illuminismo o pre - illuminismo? - 7. Illuminismo e dubbio. - 8. Un’attualità inattuale.

1. Premessa.

E’ cosa certamente intrigante e magari estremamente seducente, per chi si occupa, anche in modo generico, di cose giuridiche e dell’attività dei giuristi ed in particolare oggi, in un momento di estrema difficoltà in cui vengono a trovarsi le “professioni legali” (in specie quella dell’avvocato, ma anche, oserei dire, quella del giudice), sempre più prive e/o deprivate di legittimazione e di fondamento nella società civile ed, inoltre, in una situazione di crisi generalizzata dei sistemi giuridici e della stessa normazione giuridica, la rilettura o la ri - scoperta di un libro (che è poi una sorta di *pamphlet* in cui venivano poste all’attenzione dei sovrani illuminati e degli studiosi del diritto le contraddizioni, le insufficienze e le inadeguatezze della scienza e della pratica giuridica dell’epoca), scritto 270 anni fa e caratterizzato da un titolo fortemente polemico e di sicuro impatto sulle ideologie del nascente Illuminismo e definibili come critico - riformatrici del diritto. E’ infatti un’opera che, purtroppo, anche ai nostri giorni, può conservare una sua indubbia validità ed attualità e può, forse, offrire spunti di riflessione anche per un giurista contemporaneo ovvero, se non altro, avere qualche motivo di interesse.

In realtà le intraviste promesse potrebbero risultare inferiori alle attese in quanto il testo (che deve essere valutato, in definitiva, con riferimento allo spirito del tempo in cui è stato scritto) e che qui viene presentato è, per molti versi, datato e risente dell’*ideologia filosofico - giuridica* dell’autore stesso, anche se, come già detto, per alcuni versi contiene qualche tema di interesse, ancora attuale.

Invero, chiunque abbia fatto (almeno) studi classici avrà certamente sentito parlare di Ludovico Antonio Muratori: questo illuminista o pre - illuminista italiano è infatti autore di una monumentale indagine storica sull’*età di mezzo*, suffragata e documentata da una raccolta di testi, epigrafi, iscrizioni ed atti, edita con il titolo di “*Antiquitates italicæ mediæ ævi*”; lo studioso di diritto canonico avrà sentito parlare del cosiddetto “*canone muratoriano*”, e cioè del manoscritto fortunatamente rinvenuto dal Muratori nella Biblioteca Ambrosiana e contenente il primo elenco a noi conosciuto dei libri attestati come canonici dalla Chiesa; questo scrittore poligrafo (scrive infatti moltissimo e su svariati argomenti), eclettico e dai molteplici interessi (un po’ nel clima dell’*Encyclopédie* di Diderot e D’Alembert, il cui primo volume venne edito nel 1751), è forse meno noto come giurista, anche se aveva scritto un’opera, che fu al tempo molto apprezzata e conosciuta in tutta Europa e non solo in Italia,

intitolata “*Dei difetti della giurisprudenza*”,⁽¹⁾ notevolmente critica nei confronti della scienza giuridica del suo tempo, opera oggi immeritabilmente caduta nell’oblio e neppure molto conosciuta dagli addetti ai lavori. Poi, da un punto di vista di storia delle idee, il libro merita attenzione proprio perché quasi coevo alla critica radicale dei sistemi criminalistici del tempo del Verri e del Beccaria e precede la meno nota grande sistematizzazione dell’ideologia filosofico - giuridica della politica legislativa del “secolo dei lumi” del Filangieri.⁽²⁾

2. Ludovico Antonio Muratori.

L. A. Muratori (1672 - 1750), erudito poligrafo, nonché storico, filologo, letterato, teologo e giurista (nonché abate e sacerdote) è una figura di spicco del pre - illuminismo e dell’illuminismo italiano e può, a buon diritto, essere considerato il fondatore della moderna storiografia. Ci limitiamo qui a ricordare alcune delle sue opere più importanti; in campo storiografico le sopracitate “*Antiquitates italicæ mediæ ævi*”, l’opera dal titolo “*Rerum italicarum scriptores*” e soprattutto, gli “*Annali d’Italia*”; in campo letterario si può ricordare il volume “*I primi disegni della repubblica letteraria d’Italia*”; per la storia della Compagnia di Gesù scrisse il notissimo “*Cristianesimo felice nelle missioni dei padri Gesuiti nel Paraguay*”⁽³⁾; in ambito teologico ricordiamo “*De superstitione vitanda*”, mentre in ambito filosofico - politico si situano i volumi sulla “*Pubblica felicità*”⁽⁴⁾ e “*Delle forze dell’intendimento umano*”; in ambito giuridico, anche quale consigliere del Duca di Modena, scrisse la “*Piena esposizione dei diritti imperiali ed estensi*”, il “*De codice carolino sive de novo legum codice instituendo*” (uno scritto sotto forma di lettera, che verrà pubblicato solo dopo la morte dell’autore) ed il libro - *pamphlet* “*Dei difetti della giurisprudenza*” che qui, appunto, viene preso in esame. Fu scrittore notissimo ed apprezzato nella “*Repubblica europea illuminata delle lettere*”, e all’epoca fu figura di spicco dell’Illuminismo riformatore - moderato e, quindi, non a carattere radicale - rivoluzionario, italiano ed europeo.

3. Dei difetti della giurisprudenza.

Il volume, pubblicato nel 1742, destò subito attenzioni e polemiche, specialmente come vi era da aspettarsi, nel mondo dei giuristi anche forse per la forte carica critica⁽⁵⁾ nei confronti della scienza giuridica e dell’applicazione pratica del diritto (noi parleremmo del problema della giustizia operativa), critica però attenuata dal tono spesso ironico e qualche volta didascalico e parenetico dell’autore, che, in quanto educato alla scuola gesuitica,⁽⁶⁾ possiamo ritenere ottimo persuasore e sottile dialettico, anche in materie non strettamente teologiche, attento utilizzatore di un linguaggio persuasivo e mai *violentemente* critico nei confronti delle istituzioni, ma con *carattere critico - costruttivo*.⁽⁷⁾

Limitandoci ad un sommario sintetico del volume si deve evidenziare come il Muratori si limiti all’esame del diritto e della procedura civile, ma che i principi e le idee muratoriane possano essere applicati anche al diritto penale (diritto criminale avrebbe detto l’autore). Il Muratori afferma infatti espressamente di limitare la propria analisi alla giurisprudenza civile, ma l’intento riformatore che ne ispira tutta l’opera è tipico del clima culturale dell’epoca. Si noti quanto viene proposto dal Muratori come indirizzo programmatico del proprio lavoro: “E mi restringerò alla giurisprudenza civile. Poiché quanto alla criminale, meritevole anch’essa di molte osservazioni, non intendo io di toccarla, riserbando

un tale assunto a chi con sincerità eguale alla mia e più speienza, prendesse trattarne per il pubblico bene".(8)

Il libro consta di una dedica al papa Benedetto XIV,(9) di un introduzione e di una conclusione, in cui il Muratori riassume e definisce i fondamenti della propria ideologia critica e riformatrice e i capitoli restanti, in tutto diciotto, sono dedicati ad un singolo aspetto a "carattere negativo" della giurisprudenza, sia come scienza, sia come arte. I più rilevanti sono, almeno per un lettore contemporaneo, il III e il IV, che trattano dei difetti intrinseci e dei difetti estrinseci della "giurisprudenza e della giudicatura", il VI, relativo alle difficoltà di conoscere il giusto e l'ingiusto in "assaiissimi casi", il VII e l'VIII, relativi ai pregi e difetti dei giudici e degli avvocati; particolarmente importanti sono il capitolo IX (sulla possibilità di dare un "miglior sesto" alla giurisprudenza), il X (se la scienza del diritto debba risolversi nel mero studio dei testi di legge) e il cap. XI, sulle possibili riforme del diritto attraverso un sistema di interpretazione autentica sui principali aspetti controversi e i capp. XII e XIII che trattano rispettivamente della *neutralità* richiesta al giudice e dei principi etici cui deve conformarsi chi "maneggia le bilance". Attualissimo, poi è il cap. XIV, che tratta di un problema sempre ricorrente e cioè della "perniciosa lunghezza delle liti", mentre ispirato alle idee riformatrici dell'autore è il cap. XIX, in cui si esaminano punti controversi della scienza giuridica e della sua applicazione pratica da portare all'attenzione dei "principi riformatori" ("siamo infatti nel periodo del cd. "dispotismo illuminato").

Già dal sommario dell'opera muratoriana ne appare evidente l'ideologia illuminista (o pre-illuminista) ad essa sottesa e l'intento riformatore (e critico) dell'autore; le tematiche e le dinamiche salienti dell'opera verranno analizzate nel paragrafo seguente.

4. I temi dell'opera.

Il volume influenzò grandemente l'ambiente culturale dell'epoca anche, forse, proprio perché l'attacco alle contemporanee istituzioni giuridiche dell'epoca, fortemente polemico, ma temperato dalla naturale moderazione e dalla dialogica persuasività dell'autore, poté trovare buon ascolto sia tra i riformatori moderati, sia, in parte, nello stesso mondo cattolico, sia tra gli eruditi dell'epoca, sia tra i "principi riformatori". Non può però esimersi l'autore da una forte posizione critica e da uno sguardo molto perplesso sulla giurisprudenza del tempo anche se sotto il velo e il temperamento dall'ironia: è ancor oggi famoso il sarcastico *incipit* polemico nei confronti dei cultori della scienza giuridica, quando afferma che le lodi dei giuristi per la propria scienza sono da biasimare se troppo la stimino ed esaltino, in quanto "in fine questo è un lodare se stesso con il pretesto di contar le glorie della sua professione".(10)

Il primo tema che salta agli occhi esaminando il lavoro muratoriano è l'istanza di razionalizzazione del diritto, tipica dell'Illuminismo giuridico e del movimento per la codificazione e per l'eliminazione delle incongruenze e delle contraddizioni e degli impacci tralatici dell'*ancien regime*; di conseguenza il diritto va non solo riformato ma anche semplificato, e con lo sbocco di soluzioni, quali la produzione di un unico e completo *corpus* legislativo, che elimini le discordanze giurisprudenziali e dottrinali, nonché le normative localistiche spesso farraginose e di difficile e controversa applicazione (capp. XI e XIX). Sotto questo profilo il Muratori può essere considerato come un precursore, in senso lato, delle teorie sullo stato di diritto. Conseguenziale a tale

impostazione è allora la valutazione muratoriana del giudice, inteso come arbitro neutro che deve "attendere solamente il valor delle ragioni senza parzialità" (cap. XII); il giudice diviene e viene ad essere solo una bocca della legge (*os legis*) e in ciò il Muratori è pienamente consentaneo alla prospettiva del Montesquieu. L'altro risvolto, consequenziale, delle istanze razionalistiche dell'autore è che le riforme della giurisprudenza sono necessarie per evitare la "perniciosa lunghezza delle liti". Altro aspetto illuministico dell'opera è quello di prospettare (e progettare) la urgente necessità di introduzione di una legislazione sistematica e razionale, pervenendo ad una codificazione del diritto;(11) essenziale è allora per il pensiero muratoriano, che i principi riformatori pongano mano ad una riforma della giurisprudenza "per purgarla, se non già da tutti (che questo è impossibile) ma da una gran quantità di difetti e di opinioni che la deformano E si dee, dico, o pur si dovrebbe metter mano vigorosamente a questa riforma, ogni qual volta si facesse scorgere ad evidenza, che nella scienza legale, e nell'esercizio d'essa, v'ha una non lieve quantità di difetti, e che tali difetti tornano in sommo pregiudizio del pubblico"(12).

5. Il "probabiliorismo giuridico": i criteri guida per i giudici e gli avvocati ed un abbozzo di politica legislativa.

Però, quello che più interessa ed è meno datato nell'opera qui presa in esame, è la metodologia logico - giuridica, il metodo, cioè che deve applicarsi nella risoluzione delle controverse e, *de iure condendo*, nella scienza della legislazione: sotto tale punto di vista l'autore può essere considerato un precursore di teorie, da un verso logico formali e dall'altro empirico fattuali del diritto. Il criterio per valutare della correttezza della norma e del discorso giuridico (ivi compreso quello giudiziale o legislativo) è dato dall'applicazione della teoria logico - filosofica del probabilismo, nella sua versione più rigida e cioè, del probabiliorismo.

Tale metodo è tratto dalla teologia e dall'etica ed era comune nella pratica dei gesuiti e, nella versione più rigida, dei domenicani ed il Muratori lo applica come metodo interpretativo ed applicativo alla scienza ed alla pratica del diritto: in sostanza le più probabili sono le opzioni interpretative da seguire e da scegliere; le meno probabili non possono essere seguite e servire da criteri di interpretazione e meno che mai in materia teologico - sacramentale e nel campo del diritto, appunto, e cioè "nell'amministrazione civile e dove si tratta delle vite degli uomini". In tal caso deve essere seguita solo l'interpretazione maggiormente probabile escludendo le altre e solo su questa giudicare ed argomentare: si tratta di un criterio maggiormente rigido rispetto al semplice probabilismo e nell'ambito del diritto può essere definito come "probabiliorismo giuridico", tipico della ricerca di razionalità della filosofia dell'illuminismo.(13) In questo senso, la teoria della interpretazione della norma e della ricerca della norma applicabile al caso concreto, diventa una teoria di tipo olistico, nell'intento di pervenire a dare una valutazione del sistema giuridico come sistema unitario, totale e globale, ancorché complesso; per il probabiliorista Muratori che non è un semplice seguace del probabilismo giuridico, infatti, eliminando man mano le opinioni meno probabili si perviene a quelle maggiormente probabili tra le quali emergerà quella più probabile di tutte che, cioè, allora è quella vera e che non subisce deroga: è persino inutile dire come una tale teoria del diritto e dell'interpretazione normativa possa essere consentanea alla filosofia sensista dell'Illuminismo ed alla valutazione della attività razionale umana come prodotta da successive tappe ed aggiornamenti;

l'uomo apprende, compara e compie scelte che sono frutto di razionalità e non di intuizioni e ciò, per quel che qui ci occupa, proprio nel campo della giurisprudenza, intesa come "scienza e tecnica" del diritto. Ed allora sotto questo profilo il Muratori ci appare del tutto in linea con la filosofia giuridica dell'illuminismo. L'autore, infatti, dedica una parte della sua opera e cioè il cap. XIII alle "massime alle quali si deve regolare chi maneggia le bilance della giustizia" (14) e dà proprio delle indicazioni di carattere ermeneutico cui dovrebbero attenersi i giudici e gli "operatori del diritto". La prima massima (criterio operativo) è quella per cui nelle cause civili il giudice è tenuto a seguire l'opinione più probabile; la seconda è il criterio della certezza della legge rispetto alle incertezze dell'equità; il terzo è che la discrezionalità non deve avere carattere arbitrario; il quarto è l'obbligo del rispetto del contraddittorio e della motivazione, sulla base delle risultanze della dialettica processuale. Altro aspetto degli interessi muratoriani, molto moderno ed ancor oggi attuale (e forse proprio oggi), è l'elaborazione di criteri per così dire "deontologici" che devono informare il comportamento degli avvocati e dei giudici. La teorizzazione del Muratori pur inquadrata su presupposti razionalistici tipici dell'epoca e pur se moralistica ed etica più che giuridica *stricto sensu* conserva anch'oggi una sua validità ed efficacia; è infatti uno dei primi tentativi di dare regole di comportamento agli avvocati per evitare confusioni, discrasie e conflitti anche *in foro interno* e ai giudici per garantirne la correttezza decisoria e, nell'ottica illuministica, per assicurarne il carattere di imparzialità e terzietà e per garantire e riaffermare che siano la "bocca della legge". (15) Riteniamo quindi che per l'opera si possa anche parlare di una vera e propria bozza di codice deontologico o, al limite, di un trattato morale, un poco sul tipo dei lavori dei precedenti grandi moralisti dei secoli XVI e XVII, quelli che Giovanni Macchia chiama i "moralisti classici". (16) Comunque sia, però, il Muratori introduce, molto in anticipo sui tempi, dei criteri di ermeneutica giuridica che non possono però prescindere da un corretto comportamento degli operatori giuridici e da una esatta identificazione della norma applicabile da parte dei giudici, che devono esclusivamente basarsi sul dato normativo; sono sempre moduli o modelli interpretativi che devono basarsi su criteri razionali e di utilità generale e che si fondano e devono fondarsi sulla ideologia e sulla filosofia del nascente, e di lì a poco trionfante, Illuminismo: il buon giurista deve essere una sapiente ed illuminata *bocca della legge*, legge posta da un ancor più sapiente ed *illuminato* legislatore. (17)

6. Illuminismo o pre - illuminismo?

Il Muratori non sarebbe in senso stretto un illuminista integrale: certo non gli difetta la *verve* polemica quando ad esempio parla delle storture giudiziarie, dei vuoti ed inconsistenti contrasti interpretativi o di quella che chiama la "perniciosa lunghezza delle liti"; (18) gli fa difetto invece quanto deriva da un'ambiguità di fondo e cioè la carenza di una critica conseguente delle fondamenta dell'*ancien régime*, tipica di altri *maitres à penser* europei suoi contemporanei come, ad esempio, Voltaire, e cioè il trono e l'altare, a ciò impedito dal suo rigoroso, anche se tollerante e moderato, cattolicesimo. Non è neppure un mero pre - illuminista in quanto le esigenze che pone in luce ed evidenzia all'attenzione dei *principi riformatori* e della *intelligenza* dell'epoca sono tipiche dell'Illuminismo più tardo ed avanzato. Ma forse, si tratta di una contraddizione solo apparente e visibile *ex post* ma non certo avvertita dalla "Repubblica dei dotti" dell'epoca. Potremmo definire l'autore come un'illuminista cattolico (ci si scusa per l'evidente ossimoro, ma

non riusciamo a trovare un'altra definizione) moderato (*rara avis* nell'Italia dell'epoca) e come uno dei teorici più colti, filosoficamente preparati e conseguenti del "dispotismo illuminato": certo le contraddizioni ed ambiguità del pensiero muratoriano imploderanno (o esploderanno) con la Rivoluzione Francese a cui non poté assistere per evidenti ragioni anagrafiche, ma da cui forse si sarebbe ritratto disgustato ed impaurito, come avvenne per un altro grande riformatore delle patrie lettere, Vittorio Alfieri. Per altri versi ancora, in particolare per la sua ardente adesione simpatetica al cattolicesimo anche nel campo assistenziale e caritativo e per la sua rivalutazione dell'età medievale, il Muratori potrebbe anche essere considerato un proto - romantico o un pre - romantico. Già questi pochi cenni danno un'idea della complessa, e difficilmente incasellabile in sistemazioni ideologiche precise, personalità dello scrittore anche per quanto riguarda le sue opere più strettamente giuridiche e i suoi modelli (stilemi) di scrittura; nell'opera qui esaminata però la critica delle istituzioni e dei giuristi del suo tempo è compiutamente determinata dalla filosofia e dalla pratica illuminista, anche se la critica radicale è temperata dall'ironia e da un umorismo talvolta *toquevilleano*. Possiamo allora a buon diritto considerare "Dei difetti della giurisprudenza" come un condensato anticipatorio (e come tale necessario) della successiva prassi legislativa in cui molte delle richieste riformistico - razionalizzatrici del diritto proposte dal Muratori verranno ad avere concreta esistenza pratica e saranno introdotte e recepite in provvedimenti normativi.

7. Illuminismo e dubbio.

Non fraintenda il lettore il titolo tardo francofortese del paragrafo e non ne sia atterrito: qui si vuol solo dire che l'Illuminismo del Muratori ha un carattere particolare che, almeno ad avviso di chi scrive, dipende sostanzialmente dalle concezioni teologiche e religiose dell'autore: in primo luogo nell'ideologia muratoriana il diritto, non il diritto naturale, ma quello positivo, è irrimediabilmente malato in radice in quanto soggetto alle naturali inclinazioni degli uomini e le riforme necessarie potranno migliorarne le sue condizioni di salute ma non guarirlo definitivamente; in secondo luogo l'uomo non è il *roussoviano* buon selvaggio, che ha solo bisogno di istituzioni adeguate. L'uomo non è buono e nasce come peccatore ed il diritto, creato dall'uomo è, per sua natura "malato" e inadeguato; è però un male necessario che il buon principe illuminista e riformatore potrà e dovrà migliorare e potrà rendere perfettibile ma mai perfetto, così come imperfetta è la natura umana: (19) sotto tale profilo la riflessione muratoriana discorda da quella di Voltaire, Rousseau e Diderot e parrebbe, caso mai, più affine ai più tardi De Maistre o Donoso Cortes. (20) Il pensiero muratoriano è spesso, così, ambivalente, come d'altronde lo è tutta l'ideologia dell'Illuminismo stesso, oscillante tra razionalizzazione riformistica e pretesa rivoluzionaria.

8. Un'attualità inattuale.

Alcune delle principali tesi (e critiche) del Muratori, al di là di quanto divenuto obsoleto con il mutare della mentalità e delle condizioni storiche, sono tuttora (e purtroppo) di qualche attualità: ad esempio il proliferare incontrollato della legislazione e delle norme, anche secondarie, in genere (21) che non solo va a scapito della chiarezza della norma giuridica e della certezza nell'interpretazione, ma provoca problemi spesso irrisolvibili (se non con decisioni di tipo politico) di successioni di leggi nel tempo e di conflitti normativi e per usare un'espressione

datata, di configurazioni innovative di gerarchia delle fonti e, soprattutto, di mancata concordanza e corrispondenza, per limitarci al “caso italiano”, con i principi della Carta Costituzionale. (22) Che dire poi della “perniciosa” lunghezza del contenzioso giudiziario? Certo una parte del lavoro muratoriano è datata ed inattuale; si pensi alla sua disamina del diritto successorio, del diritto di famiglia e delle sopravvivenze di diritto feudale. Epperò la ricerca dell’autore e la richiesta pressante dello stesso di un diritto che non sia solo capriccio od arbitrio, anche dello stesso legislatore (23) e che non sia nella pratica solo un insieme di disparate e contraddittorie decisioni giudiziali, (24) ma che sia un qualcosa di razionalmente prevedibile ed applicabile e che sia quindi un diritto “conforme a ragione”, mantiene sempre una sua validità; quantomeno sotto forma di speranza. Infine, l’attenzione dell’autore agli aspetti deontologici, al di là delle ideologie del tempo, relativi all’attività di chi si occupa di cose giuridiche in genere e quindi anche dei pratici del diritto, conserva e mantiene un suo interesse ed è di diuturna importanza: oserei dire proprio oggi quando il giurista è sempre più esposto agli attacchi di chi vorrebbe vederlo o schiavo del potere politico o turiferario degli interessi economici, cose che sono o possono essere in contrasto con il ruolo dell’avvocato e del giudice, entrambi, pur se su piani diversi, difensori dei diritti e della, purtroppo sempre più traballante ed insicura, dignità delle persone che volontariamente o meno vengono in contatto con le istituzioni giuridiche e, in definitiva, con il mondo (o i plurimi mondi) del diritto. Nella prospettiva muratoriana il giurista ed in particolare il giudice, ma anche l’avvocato, se buon giurista, deve essere come già auspicavano i giuriconsulti romani un *vir bonus* e, a differenza dei romani, non necessariamente *dicendi peritus*, in quanto mero interprete ed esecutore della illuminata, certa e chiara parola del legislatore, che deve conformarsi alla filosofia dei Lumi; se questo può essere un limite del Muratori è anche un indice della sua nobile, anche se magari infruttuosa, intenzione di riformare con il possibile appoggio di un sovrano illuminato o, meglio, illuminista, un sistema giuridico iniquo, non adatto ai bisogni ed alla necessità degli uomini e largamente arbitrario e che non dà sicurezza, ma solo insicurezza: allora non sarebbe cosa del tutto vana per il giurista contemporaneo, anche se e per fortuna! non sottoposto ad un Principe, tentare di ricuperare il testimone, lasciato in disparte o lasciato cadere dalle mani di questo grande intellettuale dell’Illuminismo. E così una rilettura ancora su molte delle cose che si possono ritrovare nei “Dei difetti della giurisprudenza”, potrà essere cosa non del tutto inutile, ed invece essere cosa utile per l’etica della professione dell’avvocato e del giudice e nella speranza che, in una prospettiva *weberiana*, si possa ritornare a dare importanza e rilevanza al concetto di *beruf*, (25) unico argine ad una prospettiva di mero mercato, che con la tutela dei diritti (o del diritto) ben poco ha a che vedere. Ed inoltre: forse ad uno smalzato e raffinato giurista contemporaneo le proposte e le tesi del Muratori possono apparire troppo datate o troppo semplicistiche. Ci si deve allora porsi una fondamentale domanda: ne siamo proprio così sicuri?

Note:

- (1) L’edizione dell’opera alla quale qui si fa riferimento è quella curata da Arrigo Solmi pubblicata nel 1937 dall’editore Formiggini in Roma; il volume, peraltro, è comodamente consultabile anche su Internet, al sito <http://www.classicitaliani.it/muratori/difetti07.htm>
- (2) “Dei delitti e delle pene” del Beccaria è del 1763; l’opera del

Verri “Osservazioni sulla tortura viene pubblicata (anche se scritta prima) nel 1768; “La scienza della legislazione” del Filangieri è del 1780.

(3) Le vicende dei padri Gesuiti in America latina sono state anche oggetto del notissimo film *Mission* di R. Joffé, vicende, peraltro notevolmente romanzate.

(4) Lavoro forse influenzato dall’opera del Montesquieu.

(5) Il Muratori, si deve però preavvertire, è sì un illuminista, ma solo sotto alcuni aspetti; vede le forme e i risultati irrazionali ed inadeguati del diritto con occhio talvolta estremamente critico, ma con spirito riformatore; manca in lui la disposizione e la volontà di negazione assoluta delle istituzioni giuridiche e sociali, come invece accade per i contemporanei autori dei cd. “Manoscritti clandestini” che, al contrario, intendono espressamente minare alla radice, sovvertire e capovolgere dalle fondamenta il sistema istituzionale e giuridico vigente. Il volume, non si dimentichi, è addirittura dedicato a Benedetto XIV, quale sovrano temporale e (possibile) “*principe riformatore*”.

(6) L’autore era stato allievo ed educato dai Gesuiti.

(7) Si deve precisare per il lettore che il Muratori non è certamente un democratico pre - illuminista; è, invece e chiaramente un ammiratore e fautore del *dispotismo illuminato*, unica forma di governo in grado di dare attuazione concreta all’ideologia dell’autore.

(8) L. A. Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, (cap. I). Il testimone verrà poi raccolto e con maggior successo dai più conosciuti Pietro Verri e Cesare Beccaria, nonché da Gaetano Filangieri e dal meno noto Mario Pagano.

(9) Il famoso cardinal Lambertini, anch’egli, tra l’altro, giurista.

(10) Quanto lamentava a suo tempo il Muratori è purtroppo un vezzo ancor oggi spesso ricorrente, specie nel mondo dei “giuristi accademici”.

(11) L. A. Muratori, op. cit. (cap. XX)

(12) L. A. Muratori, op. cit. (cap. II).

(13) L. A. Muratori, op. cit. (cap. II).

(14) L. A. Muratori, op. cit. (cap. XIII.).

(15) Si noti che Sant’ Alfonso Maria de Liguori, seguace del probabilismo giuridico, ebbe ad elaborare una sorta di codice deontologico dell’avvocato.

(16) La *verve* ironica dell’autore ricorda un po’ il posteriore lavoro del Leopardi intitolato appunto “Operette morali”.

(17) L. A. Muratori, op. cit. (capp. XI e XIX).

(18) Su tale problema purtroppo perniciosissimo anche oggi, in un’epoca di (ma solo apparente) razionalizzazione del diritto è giacoforza stendere un velo pietoso!

(19) Il vecchio Adamo, di cui parlava l’ormai *oscurato* e dimenticato Karl Marx!

(20) Entrambi cattolici nella versione tradizionalistica. Per quanto riguarda il Muratori non si dovrebbe dimenticare il fervore cattolico al quale improntò tutta la sua vita.

(21) Vittorio Alfieri avrebbe parlato di “una pioggia di ordigni”.

(22) “Quel che è peggio tante leggi han servito e servono anche per accrescere le liti” (L. A. Muratori, op. cit., cap. XI)

(23) E’ ovvio che il legislatore inteso come entità immateriale e quindi mitica, sfugge ad ogni controllo di razionalità: da noi il contrappeso del Giudice delle Leggi ha invero una valenza politica da non sottovalutare.

(24) Il Muratori non avrebbe in simpatia un sistema di common law o a precedenti giurisprudenziali; peraltro non avrebbe forse da obiettare alcunché sulla definizione della legge come “profezia” di una futura sentenza.

(25) Il termine *beruf* è traducibile come “*vocazione - professione*”.

Recensioni

CORRADO MARVASI

Gli anni della grande riforma: il potere espropriativo in Italia tra tema dialogico e funzione sociale della proprietà

Liberodiscrivere, 2012 - pagg. 594

L'espropriazione, sostiene l'autore, è innanzitutto un'idea. Con tale espressione a sorpresa inizia un lungo percorso sui temi più caldi del potere ablativo in Italia. Il periodo preso in esame è quello della c.d. grande riforma economico sociale, che ha avuto avvio all'incirca cinquant'anni fa e che si è protratto per oltre un ventennio, con riprese e ricadute che non consentono in definitiva una sua esatta circoscrizione temporale. Di certo, esso può definirsi come uno dei momenti più fervidi della pianificazione del territorio per l'ampliamento e l'ammodernamento dei servizi, delle vie di comunicazione, e, più in generale, per una soddisfacente fruizione dei beni comuni sotto la spinta di una ricchezza che per tutti sembrava a portata di mano. L'espropriazione è dunque, secondo le linee iniziali tracciate nell'opera, un deciso impulso al progresso attraverso l'utilizzo dei principi cardine su cui deve reggersi ogni moderno aggregato umano e che trovano la loro sintesi, innanzitutto giuridica, in un'efficace espressione: solidarietà sociale.

Sono due parole, queste, che possono evocare nebulose astrazioni o livelli di pensiero metagiuridico. Ma non è così, visto che solo una distratta lettura delle regole su cui si fonda l'ordinamento giuridico può condurre a conclusioni del genere, ossia a ritenere che vocaboli - quali collaborazione, cooperazione, mutua assistenza, valutazione incisiva delle concrete condizioni dei soggetti coinvolti in una determinata vicenda e consimili - appartengano ad un settore estraneo al percorso del diritto, quando invece è vero proprio il contrario, vale a dire che è sempre più radicata negli interpreti e nella coscienza collettiva l'idea che la dimensione giuridica debba rapportarsi ad una sua reale comprensione tematica e linguistica. Ciò si ottiene solo utilizzando parametri dialogici che transitano lungo il binario di una rinnovata solidarietà tra cittadino e pubblica amministrazione, in modo che i sacrifici (ché di questi si parla a proposito di espropriazione) per l'utile generale siano mediati dalla diretta intelligenza del percorso seguito per imporli, nonché dei termini di utilizzo della res incisa dall'intervento autoritativo e dal "ritorno" di un impiego della res medesima non più uti singulus, ma uti civis.

Non esiste comparto giuridico che si sottragga al paradigma normativo della collaborazione, sia nei rapporti interpersonali, sia, a maggior ragione, nelle situazioni che contrappongono il privato al gestore della cosa pubblica. Solidarietà a tutti livelli, dunque, e non acritica destabilizzazione della sfera giuridica dell'individuo. Del resto, sarebbe illusorio ritenere che il tema delle ablazioni chiamasse in causa unicamente la materia dominicale e la sua corretta amministrazione, o ridistribuzione, in prospettiva dell'interesse comune. Ben altre e più ficcanti sono le questioni che si stagliano sullo sfondo di un tema del genere. Questo, anzi, può rappresentare il pre-

testo per "saggiare" i "nervi" sempre scoperti dell'organizzazione della pubblica amministrazione, del rispetto dei canoni costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento, del decentramento ai minori enti territoriali di competenze non più gestibili da un unico motore propulsivo, delle riforme costituzionali già attuate e di quelle di cui si continua a parlare, della difesa dell'ambiente da una sempre più invasiva attività dell'uomo che spesso induce - in una sorta di controtendenza di costume - al rifiuto della modernità e della civilizzazione.

Tutte le questioni appena elencate hanno un loro svolgimento nell'opera. Tra di esse, spicca quella della proprietà, non nella sua statica visione dei poteri esplicabili dal dominus, bensì come espressione di un benessere accessibile ai più, alla collettività, a quell'indeterminato corpo sociale del cui interesse la pubblica amministrazione si fa portavoce. E si giunge qui ad un altro argomento assai delicato: l'antitesi dell'interesse privato alla conservazione del bene con la indubbia impostazione dinamica dell'istituto proprietario risalente alla codicistica del 1942 e che ha poi trovato nella costituzione repubblicana una svolta di chiara marca anti individualista, ovvero socialista, ovvero democratica, impressa a tutti i rapporti giuridici e della quale non poteva non risentire il vecchio dominium.

Siamo qui di fronte ad una fondamentale fase della nostra storia, giuridica e culturale, ove la tutela dei valori assoluti dell'individuo è mediata dall'esigenza di esprimere, attraverso i principi della condivisione, la volontà di una nazione di risollevarsi dal tracollo in cui era precipitata. A questo punto, non esistono più beni materiali o iniziative che il singolo possa ritenere non condizionabili dalla comune sorte e dal forte senso di ripresa del momento. Il riferimento è ai fini sociali che devono indirizzare l'attività economica, ma, innanzitutto, per quel che qui rileva, alla funzione sociale della proprietà; una funzione, in merito alla quale ci si è chiesti se sia o meno, o se si debba considerare, il diritto proprietario un diritto di rilievo costituzionale. Il dibattito che vi si è innestato non è di pura teoria, poiché intorno ad un tale interrogativo si sono contrapposte, non solo le richieste degli espropriati di ottenere il giusto compenso degli immobili loro sottratti in via espropriativa, ma altresì - e soprattutto - i contrasti fra i nostri supremi giudici (delle leggi, di legittimità e del Consiglio di Stato) e di Strasburgo, la cui Corte sembra infine aver indotto nei primi una inversione di tendenza verso una considerazione più equa ed equilibrata della sfera dominicale del singolo. Ed ecco, sullo sfondo, stagiarsi un altro tema "caldo": l'adesione sentita e da protagonista dell'Italia al Consiglio d'Europa, che attraverso il protocollo addizionale CEDU pone all'art. 1 tra i suoi obiettivi il rispetto dei beni della persona, dopo avere licenziato (sempre l'Italia) una legge fondamentale nel cui contesto la proprietà privata pare aver perso la centralità di un tempo ed ove questa viene comunque proposta in linea distonica rispetto ai paesi occidentali ed allo stesso programma di integrazione europea. Si tratta di una dissonanza che più evidente non potrebbe essere e che dà il senso di una contraddizione giuridica e politica, che alla fine è emersa nel consesso internazionale.

Giuseppe Cassano

Sezione famiglia e minori

Sentenze e Ordinanze

I

Tribunale di Albenga, 8 gennaio 2005, n. 16.

FAMIGLIA - violazione dei doveri coniugali - risarcimento - tipologia.

Il Diritto di famiglia prevede sanzioni specifiche alle violazioni degli obblighi matrimoniali e l'addebito rappresenta la misura tipica ai sensi dell'art. 151 c.c. Al di fuori di detta misura il risarcimento del danno può trovare ingresso solamente ai sensi dell'art. 2059 c.c. nella lettura costituzionalmente orientata. Ove non sia data prova della lesione di un diritto costituzionalmente garantito non ipotizzabile alcun risarcimento del danno. (1)

II

Corte d'Appello di Genova, 20 maggio 2006, n. 547 - Pres. Rovelli - Rel. Sangiuolo.

FAMIGLIA - violazione dei doveri coniugali - risarcimento ex art. 2059 c.c. - ammissibilità.

SEPARAZIONE CONSENSUALE - rinuncia alla domanda di addebito - efficacia preclusiva sull'accertamento delle responsabilità - omessa indagine sulla colpa - preclusiva all'azione risarcitoria.

L'evoluzione giurisprudenziale in tema di risarcibilità ex art. 2043 c.c. evidenzia la potenziale riconoscibilità del danno biologico o esistenziale derivante dalla violazione dei doveri nascenti dal matrimonio. Il microcosmo rappresentato dalle regole che disciplinano l'universo familiare non è rimasto immune dall'evoluzione espansiva dell'illecito. La tutela generale dei diritti costituzionalmente garantiti non può essere limitata o preclusa ad alcuni settori del diritto.

Tuttavia, la rinuncia a far valere le cause del fallimento del rapporto coniugale rappresentata dalla trasformazione di una domanda di separazione con addebito in una domanda congiunta di separazione è preclusiva di un successivo riesame del caso sotto il profilo della violazione acquiliana dei diritti. (2)

III

Corte di Cassazione, sez. I civ., 15 settembre 2011, n. 18853 - Pres. Luccioli - Rel. Felicetti.

FAMIGLIA - diritti e doveri dei coniugi - violazione - separazione con addebito - lesione di diritti costituzionalmente garantiti - risarcimento - ammissibilità.

I doveri che derivano ai coniugi dal matrimonio hanno natura giuridica e la loro violazione non trova necessariamente sanzione nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, quale l'addebito della separazione. La violazione di detti obblighi, ove cagioni la lesione di diritti costituzionalmente protetti, integra gli estremi dell'illecito civile e dà luogo al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 c.c., senza che la mancanza di pronuncia di addebito in sede di separazione sia preclusiva dell'azione di risarcimento relativa a detti danni. (3)

(1-3) Non è necessaria la pronuncia di addebito della separazione per chiedere i danni al coniuge infedele.

Una nuova pronuncia della Corte di legittimità in tema di responsabilità civile all'interno dei rapporti familiari, in una materia rispetto alla quale il legislatore ha sempre mostrato insofferenza ad intervenire, nella convinzione di non poter giudicare ambiti così intimi e personali.

Per tutto il secolo scorso i comportamenti fonte di sola responsabilità civile, con esclusione quindi delle fattispecie aventi rilevanza penale, tenuti dai componenti della famiglia in danno di un congiunto, sono rimasti per lo più ricompresi nelle norme afferenti i diritti e doveri dei coniugi (artt. 143 e segg. c.c.), esclusi dalle norme che presidiano gli illeciti civili, restando di fatto impuniti.

Nel testo originario del codice civile, nel regime di indissolubilità del matrimonio, la separazione era l'unica sanzione tipica prevista per il coniuge venuto meno ai suoi doveri matrimoniali.

L'art. 151 c.c. prevedeva che i comportamenti consistenti in: adulterio, abbandono, sevizie, eccessi, minacce o ingiurie gravi, fossero punibili unicamente con l'istanza di separazione per colpa.

Dapprima la Corte Costituzionale, con la pronuncia n. 127 del 1968, quindi la riforma del diritto di famiglia del 1975, condussero alla modifica dei presupposti per giungere alla separazione, e sostituirono il concetto di "colpa" con quello di "addebito".

Mutarono le stesse condizioni per addivenire alla separazione, le quali vennero svincolate dal concetto di sanzione: si passò dalla separazione come reazione a comportamenti personali pregiudizievoli, alla separazione per fatti tali da rendere intollerabile la convivenza, ovvero da arrecare pregiudizio all'educazione della prole.

L'addebito restava tuttavia la sanzione ancora una volta tipica ed esaustiva delle conseguenze dei comportamenti dei coniugi nel corso del rapporto matrimoniale.

Una sanzione tuttavia del tutto inadeguata a fornire tutela al coniuge debole, avendo riflessi solo in negativo rispetto al coniuge responsabile del comportamento addebitato: il venir meno del diritto all'assegno di mantenimento (esclusi gli alimenti), così come dei diritti successori.

Effetti invero modesti e spesso privi di concreta efficacia preventiva o punitiva, se solo si considera che nella maggior parte dei casi il soggetto responsabile è anche quello dotato di capacità economica, in genere indifferente alla domanda di mantenimento.

Per questo motivo per lungo tempo si è parlato del diritto di famiglia come di un "sistema chiuso": in base a tale prospettiva i diritti e doveri che discendono dal matrimonio troverebbero tutela solo all'interno delle norme che li disciplinano.

Dottrina e giurisprudenza hanno così avuto buon gioco a sostenere che il legislatore avrebbe regolato le conseguenze delle violazioni "domestiche" solo all'interno degli istituti del diritto familiare.

Occorre dar conto che la giurisprudenza prevalente ha mantenuto forti resistenze all'ingresso nel processo di famiglia di domande ulteriori, diverse da quelle strettamente connesse

agli status (in questo senso si pongono, ad esempio, le pronunce di Cass. n. 3367/1993 e 4108/1993).

Siamo quindi in presenza di strumenti di reazione diversificati e sostanzialmente difformi: alla cognizione del giudice della famiglia sono ricondotte le misure tipiche del diritto di famiglia (separazione, addebito, assegnazione della casa, affidamento dei figli, etc.); al giudice ordinario le questioni patrimoniali e gli illeciti civili; al giudice penale le violazioni più gravi.

E' stato lento il cammino per il riconoscimento della risarcibilità degli illeciti all'interno delle relazioni familiari; ancora lungi dal poter essere considerato un obiettivo raggiunto. Poche isolate pronunce hanno dapprima iniziato a riconoscere astrattamente e solo potenzialmente l'esercizio dell'azione per la responsabilità aquiliana anche in ambito familiare (tra queste: Cass. 5866/1995 e Cass. 10/5/2005 n. 9801).

Imprescindibile naturalmente il riferimento alla pronuncia che ha costituito il paradigma per il riconoscimento del danno non patrimoniale, vale a dire Cass. SS.UU. 26972/2008, in forza della quale l'art. 2054 c.c. è applicabile nei casi di: reato; danno non patrimoniale espressamente previsto da leggi speciali; lesione grave a diritti inviolabili costituzionalmente garantiti.

Quest'ultima è la fattispecie utilizzata per dare ingresso alla risarcibilità di un danno, che non è da intendersi come elemento riparatorio, quanto piuttosto come deterrente e sanzionatorio.

Va segnalato come non sia ancora così diffuso e pertanto riconoscibile come diritto acquisito quell'orientamento giurisprudenziale che ammette l'azione di risarcimento danni all'interno del processo di famiglia (si possono segnalare: Trib. Venezia, 14/05/2009 n. 9234 in www.dirittoeprocesso.com; Trib. Monza 5/11/2004; Trib. Milano 24/09/2002; Trib. Firenze 13/06/2000 e Cass. 10/05/2005 n. 9801).

Oggi da più parti si segnala la necessità di por mano ad una riforma del sistema che permetta anzitutto il superamento del concetto di addebito, misura sempre meno riconosciuta dalle corti di merito, verso un più moderno e soddisfacente sistema di responsabilità civile.

Le nuove misure contro la violenza (artt. 342-bis, 342-ter c.c. e 736-bis cpc) ed i recenti rimedi introdotti per contrastare le frequenti violazioni (art. 709-ter c.c. e 614-bis cpc) confermano la necessità per l'ordinamento di un nuovo paradigma unitario d'intervento che assegni al giudice della famiglia la cognizione di tutte le controversie che vedono coinvolti i componenti il nucleo familiare (sia esso rappresentato dalla famiglia legittima o naturale).

L'ultima pronuncia della Cassazione, la n. 18853 del 15/09/2011, lungi dal risolvere l'annoso problema della compatibilità tra le regole che presiedono alla responsabilità civile ed il processo di famiglia, sembra piuttosto complicarlo. Il principio alla base di quest'ultima pronuncia è che l'azione per il riconoscimento dei danni arrecati dal comportamento del coniuge è svincolata ed autonoma rispetto alla pronuncia della separazione, potendo conseguire anche ad una separazione consensuale, senza che il titolo della separazione (giudiziale, giudiziale con addebito o consensuale) condizioni l'esercizio della diversa azione risarcitoria.

L'attrice, che pure era pervenuta alla trasformazione della separazione da giudiziale con richiesta di addebito a consensuale, aveva avviato un successivo giudizio basato sostanzialmente sui medesimi fatti che avevano dato origine alla richiesta di separazione: l'infedeltà conclamata del marito,

esercitata con modalità particolarmente penose per la parte incolpevole.

L'impugnata sentenza della Corte d'Appello di Genova (del 20/05/2005, su www.avvocatidifamiglia.net), pur confermando il rigetto della domanda dell'attrice pronunciato dal giudice di prime cure (Tribunale di Savona, Sezione Distaccata di Albenga), ne aveva modificato le ragioni fondanti. Se il primo giudice aveva ritenuto insussistente un diritto soggettivo in capo alla moglie vittima dei comportamenti infedeli del marito, la Corte d'Appello ha ritenuto invece che la sua domanda di danni, pur astrattamente riconoscibile, in virtù dell'ormai conquistata risarcibilità dei danni ingiusti anche nell'ambito delle relazioni familiari, non possa trovare nella specie accoglimento, in quanto contrastante con l'espressa rinuncia ad indagare le cause del fallimento del matrimonio, per avere l'attrice in precedenza aderito ad una pronuncia di separazione consensuale.

Se da un lato l'affermazione della Suprema Corte della piena risarcibilità dei danni ulteriori, non necessariamente connessi alle ragioni della separazione, può considerarsi in linea con le più moderne istanze di riconoscimento della responsabilità anche in ambito familiare, dall'altro tuttavia l'aver svincolato l'analisi dei presupposti dell'azione dalle cause della separazione, ripropone l'insoluto problema dell'ammissibilità dell'azione di danno all'interno del processo di famiglia.

Resta in sostanza prospettato un doppio binario, con buona pace delle esigenze di concentrazione delle tutele e di economia di giudizio; un doppio sistema fatto di regole autonome e non comunicanti: quello dei diritti e doveri matrimoniali, con propri rimedi, quelli riconducibili al concetto di separazione con addebito, e quello della responsabilità civile, con presupposti che oggi si rifanno alla possibile lesione grave di un interesse fondato su garanzie costituzionali.

Una pronuncia che lascia perplessi in ordine alla effettività della tutela risarcitoria, in funzione della quale si auspica un unico giudice ed un più coordinato ambito d'intervento.

Cesare Fossati
Avvocato, Foro di Genova

Tribunale di Chiavari, ord. 19 gennaio 2012 - Pres. Grasso.

DIVORZIO - affidamento condiviso dei figli con collocazione prevalente presso la madre - assegno periodo - spese straordinarie.

Considerata comparativamente l'evoluzione della situazione personale e familiare dei coniugi, ritenuta la necessità di porre a carico del padre non collocatario l'onere di corrispondere un assegno mensile quale contributo al mantenimento dei figli, si dispone che entrambi i genitori siano tenuti a partecipare al 50% al pagamento delle spese straordinarie inerenti i figli purchè, ad eccezione di quelle medico-sanitarie urgenti, siano tra gli stessi previamente concordate. Ciascun genitore dovrà preferibilmente mettere a disposizione la percentuale che gli fa carico almeno tre giorni prima della data in cui deve avvenire il pagamento; per i pagamenti per i quali non sarà possibile adottare tale modalità, e che saranno anticipati da uno dei coniugi, si provvederà ai necessari rimborsi con periodicità concordata ovvero, in difetto, semestrale. Hanno da considerarsi spese straordinarie da comparteciparsi tra i genitori quelle mediche, sanitarie, odontoiatriche e psicoterapiche, ivi compresi i tickets; quelle scolastiche,

quali rette, tasse di iscrizione, libri di testo, corredo di inizio anno scolastico, scuola bus o altro mezzo di trasporto, gite scolastiche e viaggi di istruzione, ripetizione; quelle per attività sportive, artistiche, ricreative e di svago, spese di iscrizione e frequenza di corsi e relative attrezzature; quelle di custodia del figlio (baby sitter) se rese necessarie per impegni lavorativi di entrambi i genitori, ovvero in caso di malattia del figlio fino al compimento del dodicesimo anno di età e/o del genitore affidatario in mancanza di parenti o di altre alternative gratuite. (1)

(Art. 155 c.c. - art 4 L. 898/70)

(1) Le spese straordinarie per i figli nella crisi della famiglia.

Sommario: 1. Premessa. - 2. Necessità dell'accordo su tipologia ed entità della spesa. - 3. Efficacia esecutiva del provvedimento. - 4. Contrasti sulla misura e sulle modalità di ripartizione delle spese e rilevanza ai sensi art. 709-ter c.p.c. - 5. Conclusioni.

1. Premessa.

È noto come, di prassi, nell'ambito dei provvedimenti che riguardano i figli, il Giudice della crisi familiare prescriva ai genitori l'onere di contribuire *pro quota* agli esborsi per le spese straordinarie relative alla prole e ciò a prescindere dalla tipologia di affidamento o anche dalla natura consensuale o contenziosa del procedimento, quale specifica ed autonoma previsione rispetto alla previsione del mantenimento diretto o dell'assegno periodico.

Senonché nella pratica giudiziaria, di frequente si sperimenta come la suddivisione di questi costi relativi ai figli sia foriera di crescente conflittualità tra i genitori e spesso origine di nuovo contenzioso.

Da un lato, infatti sono ancora numericamente significativi i provvedimenti giudiziari con i quali vengono genericamente poste a carico dei due genitori "in ragione del 50% del loro ammontare le spese straordinarie relative ai figli", dall'altro anche in ipotesi di provvedimenti economici più articolati e meno approssimativi (che cioè enumerino le singole esigenze dei figli esorbitanti l'assegno periodico) resta spesso irrisolto tra i co-obbligati il nodo circa la necessità/opportunità/urgenza della spesa, il previo accordo, l'ammontare degli importi e la documentazione giustificativa utile a comprovare l'esborso da porre in ripetizione.

Del resto, se è pacifico che incomba su entrambi i genitori l'obbligo di soddisfare - in rapporto alle personali sostanze e capacità - le esigenze di sopravvivenza vitale dei figli (in primis vitto e alloggio) ma pure ogni altra loro complementare esigenza di vita quotidiana (cura e salute, abbigliamento, istruzione, sport, custodia, trasporto, comunicazione, gioco), spesso la giurisprudenza ha utilizzato il concetto di spesa straordinaria in ambito molto esteso, ingenerando incertezze interpretative.

Si è sostenuto per esempio che «il significato che le nozioni di spese ordinarie e spese straordinarie assumono nella separazione personale tra coniugi ha autonoma connotazione, per definizione mutevole e suscettibile di essere valutata caso per caso. Il concetto di straordinario non può essere inteso in senso restrittivo come sinonimo di imprevedibilità ed eccezionalità, bensì comprende tutte quelle spese che non afferiscono alla soddisfazione delle esigenze di vita quotidiana di una persona normale» (Trib. Lamezia Terme, 4/5/2005 in *Fam. e diritto* 2005,6).

Altrove invece si è sentenziato che «per spese straordinarie

dovute per il mantenimento dei figli devono intendersi tutte quelle spese non prevedibili e non consuetudinarie e che non possono considerarsi esigue in relazione al tenore di vita dei figli e necessarie per assicurare l'istruzione e la salute del minore» (Trib. Firenze, 29/06/2005).

In altra occasione si è sostenuto che «straordinarie sono le spese inerenti al mantenimento, all'istruzione o all'educazione dei figli, rese necessarie da avvenimenti o scelte che trascendono le normali e prevedibili esigenze di vita quotidiana, così come anche valutate dal giudicante al momento in cui stabilisce l'assegno di mantenimento» (Tribunale di Messina, 14/6/2005).

Or bene, il provvedimento del 19 gennaio 2012 - reso dal Presidente f.f. del Tribunale di Chiavari in procedimento per la cessazione degli effetti civili del matrimonio - dettaglia con apprezzabile sforzo le voci delle spese straordinarie di necessità per la prole che i genitori dovranno sostenere *pro quota* nonché chiarisce quali tipologie di esborsi andranno previamente concordati tra le parti per essere ammessi detrazione. Nella fattispecie, a fronte di una sostanziale equivalenza della capacità reddituale dei due genitori documentata in atti, gli esborsi straordinari (analiticamente enunciati) sono stati posti in ragione del 50% del loro ammontare a carico del genitore collocatario e di quello obbligato al versamento di contributo mensile al mantenimento ordinario.

Invero, pur potendo il Giudice esercitare d'ufficio questo potere (in considerazione della rilevanza pubblicistica degli interessi coinvolti e dunque a prescindere dalla conclusioni rassegnate dalle parti in argomento), il magistrato è tenuto ad orientare la propria decisione nel rispetto del principio generale di proporzionalità che è criterio legale (148 c.c. e 155 comma 4 c.c.) utile a ripartire il peso del mantenimento dei figli tra i genitori.

Per questa stessa ragione, poi, non ricorre nella prassi giudiziaria, la previsione di una contribuzione forfettaria in ordine a tali voci di spesa che per natura sono indeterminabili ed indefinibili in via preventiva e che, dunque, salvo diverso accordo tra le parti, difficilmente potranno essere giudizialmente predeterminati.

A *contrariis*, si conosce una solitaria pronuncia di legittimità in cui la Corte di Cassazione (cfr. www.affidamentocondiviso.it, sentenza n. 18242 del 22/8/2007) ha giudicato che, in ragione del comportamento in concreto posto in essere dagli *ex* coniugi di metodico contrasto e opposizione l'uno alle richieste dell'altro, fosse più rispondente alle esigenze di tutela degli interessi morali e materiali della figlia minore eliminare la regola (definita «aperta») secondo cui il padre avrebbe dovuto provvedere al rimborso del 50% degli esborsi straordinari effettuati dalla madre affidataria e, per l'effetto, ha giudicato corretto elevare l'entità complessiva del contributo di mantenimento dovuto dal padre, includendovi, pure, tutti i presumibili oneri per spese straordinarie, ad eccezione di quelle mediche per prestazioni di particolare rilievo, non erogate dal S.S.N.

Invero, l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario chiarisce come «non può essere consentita la inclusione nell'assegno di mantenimento di tutte le spese straordinarie perché alcune di esse sono imprevedibili ed imponderabili e il loro importo potrebbe equivalere o addirittura superare il predetto assegno»; del resto ... «la loro inclusione nell'assegno di mantenimento potrebbe comportare una compressione dei diritti del minore nella soddisfazione delle esigenze inaspettate e che necessitano di interventi economici straordinari» (*ex plurimis*, C. app. Napoli, sent. 6/6/2008 n. 2201, Pres. Siri-

gnano, in *Fam. e minori* n. 10\2008).

2. Necessità dell'accordo su tipologia ed entità della spesa.

Ciò premesso, rimane spesso irrisolto il nodo in ordine alla necessità del previo consenso tra i genitori in ordine alla necessità/opportunità/entità della scelta di spesa.

Il provvedimento chiave in commento suggerisce una soluzione all' *impasse*.

Eccezione fatta per le spese mediche indifferibili ed urgenti che, di evidenza, potranno essere sostenute dall'uno o dall'altro genitore, in assenza del consenso dell'altro (e che, ciò nonostante, saranno titolo per conseguire il rimborso pro quota), sono elencate alcune tipologie di spesa (per loro natura differibili e di norma programmabili) che, in ipotesi di affidamento condiviso dei figli, necessitano di essere concordate - per espressa statuizione giudiziale - tra i genitori. Si tratta nella fattispecie delle spese scolastiche quali rette, tasse iscrizione, libri di testo, corredo di inizio anno, scuolabus o altro mezzo di trasporto, gite scolastiche, viaggi di istruzione, ripetizioni; di spese per attività sportive, artistiche, ricreative e di svago, spese di iscrizione e frequenza di corsi e relative attrezzature; spese di custodia del figlio (baby sitter) se rese necessarie per impegni lavorativi di entrambi i genitori, ovvero in caso di malattia del figlio fino al compimento del dodicesimo anno di età e/o del genitore affidatario in mancanza di parenti o di altre alternative gratuite.

Altrove alcuni Tribunali territoriali hanno invece validamente sperimentato prassi per cui la necessità della concertazione in ordine alle suddette spese straordinarie ricorra solamente nel caso in cui, per singola voce di spesa, si ecceda una somma mensile predeterminata, avendo riguardo alle capacità reddituali del nucleo (cfr. www.ordineavvocatiportone.it), mentre al di sotto della soglia non sia necessario il preventivo accordo in ordine alla spesa per poi ottenerne il rimborso pro quota.

Ad ogni buon conto, è pacifico ed incontrovertito che «sussiste l'obbligo del genitore separato di contribuire alle spese straordinarie per i figli, anche se non previamente concordate, per le cure mediche non sostenute dal Servizio Sanitario Nazionale, mentre per ogni altra spesa di carattere straordinario il medesimo obbligo sussiste solo ove la spesa sia stata previamente concordata dai genitori» (App. Roma, 05/04/2006, Utet sistema platinum)

Più specificamente «Nel regime di affidamento condiviso dei figli, che presuppone la condivisione delle scelte di vita quotidiana dei minori, la rimborsabilità delle spese straordinarie cosiddette semplici (ossia implicanti decisione di maggior interesse per la prole), non comprese nell'assegno ed unilateralmente assunte da uno dei genitori senza informare l'altro (o in presenza di suo esplicito dissenso), non può che essere rimessa, di volta in volta, alla valutazione del giudicante, il quale valuterà le ragioni del rifiuto (e, quindi se trattasi di spesa trasmodante rispetto al tenore di vita o non conforme all'esigenza di sviluppo della prole), ovvero la sussistenza dei requisiti della necessità e dell'urgenza» (Trib. Catania, sent. 4\12\2008, est. Di Stefano, in *Fam e minori* n. 2\2009, 60). In ipotesi invece di affidamento esclusivo dei figli: «Il genitore affidatario ha l'onere di informare preventivamente l'altro genitore in merito alle spese straordinarie da sostenere ma non ha l'obbligo di concertare con lui tali spese se non implicano decisioni di maggiore interesse per i figli» (Trib. Firenze, 29/06/2005, *Foro toscano*, 2005, 3, 303).

Infatti « Il genitore cui sono affidati i figli ha l'esercizio

esclusivo della potestà, mentre soltanto le decisioni di maggiore interesse devono essere adottate da entrambi i genitori. Occorre dunque distinguere il concetto di "spese straordinarie" da quello di "scelte straordinarie" (*rectius* "decisioni di maggiore interesse") per cui soltanto nel secondo caso il coniuge non affidatario può intervenire nell'interesse dei figli. Di conseguenza non vi è a carico del coniuge affidatario alcun obbligo di previa concertazione con l'altro coniuge sulla determinazione delle spese straordinarie, nei limiti in cui esse non implicano decisioni di maggiore interesse dei figli» (Cass. civ., Sez. I, 05/05/1999, n.4459, *Famiglia e Diritto*, 1999, 4, 318)

Del resto, il concetto di "spese straordinarie" è ben distinto dalla nozione "decisioni di maggiore interesse" per i figli, che, a norma dell'art. 6, comma 4, l. n. 898 del 1970, vanno adottate da entrambi i genitori anche allorché il genitore affidatario abbia l'esercizio esclusivo della potestà sugli stessi.

Resta però salvo il potere del giudice di derogare a tale principio e diversamente statuire anche in ordine a tale tipologia di spesa.

Ed infatti: «non è configurabile a carico del coniuge affidatario un obbligo di concertazione preventiva con l'altro in ordine alla determinazione delle spese straordinarie nei limiti in cui esse non implicano decisioni di maggior interesse per i figli; tuttavia tale principio non è inderogabile, essendo possibile che il giudice stabilisca oltre che la misura, anche i modi (tra i quali la previa concertazione), in modo difforme da quanto previsto, in linea di principio, dalla legge» (cfr. Cass. 27\4\2011 n. 9376).

3. Efficacia esecutiva del provvedimento.

Quale però l'efficacia esecutiva del provvedimento che statuisca in ordine alle spese straordinarie?

Nel caso il provvedimento giudiziario imponga in via generica la compartecipazione dei due genitori alle spese straordinarie relativi ai figli e non sia possibile con semplice calcolo aritmetico statuire in ordine a debenza ed entità del credito, non vi è titolo per procedere ad esecuzione forzata ma occorrerà adire il giudice della cognizione (nelle forme ordinarie o in quelle monitorie) per conseguire un autonomo titolo esecutivo.

Secondo recente pronuncia: «l'ordinanza con la quale il presidente del Tribunale pronunci, ai sensi dell'art. 708 c.p.c, i provvedimenti temporanei ed urgenti di contenuto economico nell'interesse dei coniugi e della prole non costituisce titolo per l'emanazione di una successiva ingiunzione di pagamento ai sensi dell'art. 633 c.p.c., trattandosi di provvedimento (esaminabile soltanto nel contesto cui accede) autonomamente presidiato da efficacia esecutiva soltanto con riguardo alle somme che risultino determinate ovvero determinabili con semplice calcolo aritmetico» (cfr. Cass. 24\2\2011, n. 4543; conforme Cass. 28\1\2008 n. 1758).

Altrove si è però sostenuto che le esigenze di effettività della tutela del titolare del credito alimentare suggeriscano di escludere l'applicazione di tale conclusione quantomeno per quanto riguarda "le spese mediche e scolastiche ordinarie" in quanto riferite "ad eventi di probabilità tale da potersi definire sostanzialmente certi e ad esborsi da ritenersi indeterminati soltanto nel quando e nel quantum" (cfr. Cass. 23\5\2011 n. 11316 in *Foro It.*, 2011, I, 3042).

Tale ultima soluzione appare ragionevole perché idonea a prevenire nuove occasioni di farraginoso e dispendioso contenzioso tra i genitori quanto meno in ordine a crediti certi *ab origine*, oggettivamente determinabili e liquidabili sulla

base di criteri oggettivi e documentabili agevolmente (si pensi agli esborsi per acquisto dei libri scolastici e pure per le gite di istruzione laddove deliberati dalla direzione scolastica e consiglio docenti, ai versamenti per assicurazione scolastica obbligatoria, alle ricevute di versamento per prestazioni sanitarie prescritte dal curante e non coperte dal SSN).

Laddove poi il co-obbligato intenda contestare il diritto del creditore (per violazione delle modalità di individuazione dei bisogni\ necessità del minore o erroneità dei calcoli) è fatta salva la possibilità di contestare in sede di opposizione all'esecuzione la sussistenza del diritto al rimborso pro quota.

Ciò non di meno, in ipotesi in cui espressamente in provvedimento (sia esso il provvedimento presidenziale provvisorio, il provvedimento di revoca\ modifica adottato dal G.I., il provvedimento del T.M. munito di clausola di provvisoria esecutività, sentenza di separazione e divorzio, provvedimento ex art. 710 c.p.c., il decreto ex art. 148 c.c. .) sia stato posto a carico del genitore separato l'obbligo di pagare la metà delle spese straordinarie scolastiche, mediche e dentistiche dei figli semplicemente "dietro preventiva comunicazione e successiva documentazione" da parte del genitore collocatario (che abbia per intero anticipato l'importo), si dovranno ritenere adempiute - una volta effettuata la comunicazione preventiva della spesa e una volta rimessa la documentazione della spesa erogata - le condizioni, espressamente previste dal titolo, per l'attribuzione al credito dei requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità e pertanto si dovrà procedere al rigetto dell'opposizione a precetto. Ciò in quanto «nel titolo stesso, pur non potendo essere prevista la misura in cifra reale delle spese di volta in volta da rimborsare, trattandosi di spese straordinarie, erano espressamente indicati i criteri per la quantificazione del credito» (Trib. Bari, Sez. II, 20/10/2005, in Utel sistema platinum).

In ultimo, laddove rimanga necessario adire il giudice della cognizione per conseguire un autonomo titolo esecutivo «la competenza in ordine alla controversia avente ad oggetto l'adempiimento delle obbligazioni assunte dal coniuge in sede di separazione consensuale circa il pagamento delle spese straordinarie relative ai figli sostenute dal coniuge affidatario, va determinata in ragione del valore della causa secondo i criteri ordinari, trattandosi di controversia diversa da quella concernente la modifica delle condizioni della separazione, rientrante nella competenza funzionale del tribunale. (cfr. Cass. civ., Sez. I, 22/08/2006, n.18240 in *Mass. Giur. It.*, 2006).

4. Contrasti sulla misura e sulle modalità di ripartizione delle spese e rilevanza ai sensi art. 709-ter c.p.c.

Premesso che in tema di mantenimento dei figli minori, anche al fine di prevenire contrasti tra i genitori in ordine alla misura e alle modalità di ripartizione delle spese straordinarie relative alla prole, è opportuno, per un verso, stabilire analiticamente le spese straordinarie da sostenersi nell'interesse dei minori (nonché le relative modalità di rimborso delle stesse) e, per altro verso, prevedere che in ipotesi di esercizio condiviso della potestà genitoriale, le stesse vengano previamente concordate tra i genitori, si è giudicato che tra le controversie prese in considerazione dall'art. 709-ter c.p.c. possano essere fatte rientrare anche quelle inerenti al mantenimento del minore e alla ripartizione del contributo tra i genitori. Invero «l'esercizio della potestà comporta l'assunzione di decisioni che possono avere riflessi economici; il nuovo art. 155 c.c. considera come strettamente connessi il

profilo dell'affidamento e quello del mantenimento del minore, anche il contrasto su questioni economiche può comportare un pregiudizio per il minore» (cfr. Tribunale di Bologna; decreto 19 giugno 2007; Pres. Betti; Est. Costanzo in www.affidamentocondiviso.it). Nella fattispecie i giudici bolognesi, in applicazione di tale principio, avevano giudicato che la controversia tra le parti in ordine alla misura ed alle modalità di ripartizione delle spese straordinarie sostenute nell'interesse del figlio minore rientrasse nella previsione dell'art. 709-ter c.p.c. che è "contenitore di norme eterogenee" e per l'effetto utile anche a domandare i provvedimenti "opportuni" che possono essere dati quando quelli già emessi siano contestati o violati.

5. Conclusioni.

Attesa l'inesistenza di un'elencazione legale che consenta di individuare con sufficiente determinatezza voci ed indici dell'impegno economico per spese straordinarie (siano esse frutto di necessità occasionali piuttosto che ricorrenti ma imprevedibili nel quantum e nel quando), nella quotidiana pratica giudiziaria, si percepisce come utile e necessaria un'elencazione giudiziale il più possibile analitica delle voci di spesa che dovranno essere sostenute pro quota dai genitori, quale previsione aggiuntiva rispetto all'assegno periodico, e ciò al fine di concretamente soddisfare gli interessi dei minori coinvolti ed evitare l'insorgenza di liti strumentali e ritorsioni tra i genitori a detrimento dell'interesse dei figli a vedere soddisfatti i propri bisogni.

Non è insolito, per esempio, che il debitore contesti la mancata concertazione dell'esborso - e dunque la sussistenza dei requisiti per ottenere la ripetizione in capo al genitore che ha anticipato la spesa - e per questo pretenda di sottrarsi al pagamento pro quota.

Caso per caso, per esempio, potrà dunque essere prudentemente apprezzato dal Giudice se sia utile (o invece disfunzionale) disporre la previa concertazione della spesa per iscrizione e frequenza ad una pratica sportiva per i figli, piuttosto che semplicemente statuire in ordine alla obbligarietà del concorso nella relativa spesa laddove l'attività sportiva del figlio sia stata un'abitudine nel corso della convivenza genitoriale e non vi siano controindicazioni alla sua prosecuzione.

Ed ancora caso per caso andrà prudentemente apprezzato dal Giudice se sia utile o disfunzionale disporre la previa concertazione in ordine alla necessità della spesa inerente lo scuola bus o l'abbonamento ferroviario se, pacificamente, di tali servizi i figli si avvalevano in corso di convivenza genitoriale per raggiungere l'Istituto scolastico od il plesso universitario e permanga - al momento della decisione - l'esigenza di usufruire del servizio.

Ed ancora caso per caso, potrebbe giovare che il provvedimento giudiziario contempra, tra le spese per la cura dei figli, l'eventualità di un esborso per l'ingaggio di bambinaia nel caso tale onere si ipotizzi come meramente eventuale e futuribile - magari in ipotesi in cui non si reperiscano aiuti *no cost* da parte di familiari - e quindi sia imprevedibile nell'*an* oltre che nel *quantum*; al contrario, occorrerà che il giudice della crisi familiare accerti e diversamente sentenzi nei casi in cui il ricorso alla *baby sitter* da parte del nucleo non sia ipotesi eventuale ma costituisca esborso necessitato, inserito a bilancio familiare nel tempo in cui il nucleo viveva unito (cfr. Cass. 26/3/2004 n. 6074; C. app. Napoli 13/7/2007 in www.minoriefamiglia.it) e dunque eventualmente da stimarsi in sede di determinazione dell'assegno periodico.

È dunque evidente, affinché il giudicante possa assumere nell'interesse dei figli il provvedimento più opportuno e tempestivo, che le parti ed i loro difensori diligentemente e responsabilmente assolvano fin dal momento dello svolgimento delle loro difese in sede presidenziale all'onere di allegazione documentale (eventualmente sollecitato ex art. 155 *sexies c.c.*) al fine di compiutamente descrivere la specificità del caso ed orientare concretamente la decisione giudiziale.

Francesca Maberino
Avvocato, Foro di Chiavari

Tribunale di Chiavari, 12 dicembre 2011, n. 839 – Pres. e Rel. Del Nevo.

DICHIARAZIONE giudiziale di paternità - accertamento della insussistenza, in capo ad un soggetto straniero, dello status di figlio legittimo - Artt. 253 e 259 cod. civ. - competenza giurisdizionale e legge regolatrice della filiazione - applicazione del diritto straniero.

Una volta che il giudice abbia accertato l'insussistenza di un vincolo di filiazione legale del soggetto straniero in base alle pertinenti norme della legge regolatrice della controversia, deve ritenersi che non sussista alcun ostacolo ad una pronuncia di dichiarazione giudiziale di paternità da parte del foro italiano investito della controversia. A tal riguardo, il limite dell'ordine pubblico non presenta alcuno spazio applicativo ma, al contrario, dovrà essere adeguatamente valorizzato il generale favor filiationis che traspare dalle nostre norme di diritto internazionale privato laddove individuano la materia della legge regolatrice dei rapporti di famiglia (1).

(1) Dichiarazione giudiziale di paternità di un cittadino australiano: alcuni problemi di diritto internazionale privato.

Sommario: 1. Il caso di specie. - 2. La determinazione della giurisdizione. - 3. Le norme di diritto internazionale privato del foro. - 4. La *lex causae* ed il limite dell'ordine pubblico. - 5. L'ordinamento plurilegislativo australiano. - 6. Le vicende relative allo *status* familiare della sig.ra C.M.G. - 7. Conclusioni.

1. Il caso di specie.

Con sentenza n. 839 depositata il 12 dicembre 2011, il Tribunale civile di Chiavari ha giudizialmente dichiarato la paternità naturale del sig. G.C., nato a Sestri Levante (GE) il xx.xx.1936, nei confronti della sig.ra C.M.G., nata ad Adelaide (Australia) il xx.xx.1965, contestualmente ordinando all'Ufficio di Stato Civile di provvedere alle annotazioni di competenza.

Quanto ai fatti posti a fondamento della domanda di riconoscimento giudiziale di paternità formulata da C.M.G. innanzi al Tribunale di Chiavari, occorre evidenziare che la sig.ra C.M.G. nacque a Rose Park (in prossimità della città di Adelaide), nel Territorio del *South Australia*, e che dalla documentazione di stato civile prodotta dall'attrice emerge che, mentre al momento della nascita la madre della stessa veniva chiaramente individuata nella sig.ra M.T.D., e il padre nel sig. K.Z. - all'epoca marito della sig.ra M.T.D. - con successiva annotazione datata 23 dicembre 1975 il nome del padre veniva cancellato e sostituito dalla dizione

“not stated” (“non indicato / non determinato”).

Con la precedente ma quasi contestuale annotazione del 18 dicembre 1975, peraltro, il medesimo certificato di nascita veniva emendato con l'indicazione dell'avvenuto cambio di cognome della sig.ra C.M.: esso doveva intendersi modificato in “G.”, venendo così a coincidere con il cognome del nuovo marito della madre, il sig. C.G.G.

A tutt'oggi, “G.” è il cognome della sig.ra C.M. la quale, con atto di citazione depositato in data 11 novembre 2009, conveniva in giudizio il sig. G.C. al fine di vedere «accertare e dichiarare G.C. residente in Sestri Levante (GE), [omissis] genitore naturale di C.M.G. nata in Adelaide, South Australia, il xx.xx.1965 con tutte le conseguenze di legge»; a tal fine ella richiedeva, per il caso di contestazione, che fosse disposta consulenza tecnica d'ufficio volta ad accertare, attraverso gli esami ematici e biologici, la paternità naturale del sig. G.C. In data 23 aprile 2010 il Tribunale pronunciava dunque ordinanza di nomina di CTU affinché fossero espletati gli esami medici necessari al fine di verificare l'asserito legame di filiazione naturale intercorrente tra il sig. G.C. e la sig.ra C.M.G. Sulla scorta dei risultati emersi dalla perizia tecnica, si constatava che il sig. G.C. risulta effettivamente padre biologico dell'attrice.

All'udienza fissata per la precisazione delle conclusioni, in data 8 ottobre 2010, la difesa del convenuto sig. G.C., domandava che «rilevato lo status di figlia legittima [di K.Z.] della ricorrente C.M.G.» il giudice adito si risolvesse a «dichiarare inammissibile l'azione di riconoscimento giudiziale della paternità» e che volesse «in ogni caso, respingere ogni domanda avversaria, anche istruttoria, perché inammissibile, improponibile ed infondata».

In esito allo scambio delle comparse e delle note di replica tra le parti, con ordinanza del 28 dicembre 2010 il Tribunale disponeva la riapertura dell'istruttoria per il conferimento di un nuovo incarico di CTU in ordine al diritto straniero ex art. 14 della legge 218/1995(1).

A seguito del deposito della relazione del CTU nel giugno 2011 - nell'ambito della quale veniva chiarito che, anche ai sensi del diritto australiano applicabile, l'attuale *status* familiare dell'attrice presenta alcun elemento ostativo rispetto alla dichiarazione di paternità richiesta dalla stessa in sede giudiziale - la causa veniva trattenuta in decisione.

2. La determinazione della giurisdizione.

L'analisi della decisione in esame presuppone talune considerazioni in tema di diritto processuale civile internazionale (determinazione della giurisdizione) e di diritto internazionale privato in senso stretto (individuazione della legge regolatrice della controversia).

La lite in esame, infatti, presenta evidenti profili di internazionalità, legati alla presenza di elementi di collegamento con gli ordinamenti giuridici italiano ed australiano: dal punto di vista soggettivo, infatti, l'attrice è nata in Australia, è cittadina australiana ed oggi risiede stabilmente nelle immediate adiacenze della città di Melbourne, mentre il convenuto sig. G.C. è nato e risiede a Sestri Levante, in Italia. Sotto il profilo oggettivo, inoltre, viene in considerazione la questione dello *status* familiare dell'attrice, una questione cioè con riferimento alla quale il diritto internazionale privato italiano contempla specifiche previsioni capaci di localizzare la cognizione della controversia - nonché la legge applicabile alla stessa - all'interno di un ordinamento straniero.

Correttamente, dunque, nell'affrontare la domanda promossa dalla parte attrice, il Tribunale di Chiavari sembra

aver preliminarmente ricercato all'interno del diritto internazionale privato italiano le norme chiamate ad individuare il foro competente e la legge applicabile nel caso di specie. Per quel che concerne la questione del tutto pregiudiziale relativa alla sussistenza della giurisdizione del Tribunale adito, quest'ultimo rappresenta il foro del domicilio del convenuto: a norma dell'art. 3, comma 1, della legge 31 maggio 1995, n. 218, «la giurisdizione italiana sussiste quando il convenuto è domiciliato o residente in Italia o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio a norma dell'art. 77 del codice di procedura civile e negli altri casi in cui è prevista dalla legge», mentre il 2° comma prosegue precisando che essa sussiste «inoltre in base ai criteri stabiliti dalle sezioni 2, 3 e 4 del titolo II della Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e protocollo, firmati a Bruxelles il 27 settembre 1968, resi esecutivi con la legge 21 giugno 1971, n. 804 e successive modificazioni in vigore per l'Italia, anche allorché il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente, quando si tratti di una delle materie comprese nel campo di applicazione della Convenzione. Rispetto alle altre materie la giurisdizione sussiste anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio». Benché l'oggetto della controversia esuli dall'ambito di applicazione *ratione materiae* della Convenzione di Bruxelles (oggi sostituita dal regolamento CE 44/2001), occorre notare che tanto la Convenzione quanto lo stesso art. 3 della legge 218 utilizzano quale generale criterio di radicamento della controversia quello del Paese in cui è localizzato il domicilio del convenuto(2).

Dunque non v'è alcuna necessità di prendere in considerazione, *ad abundantiam*, uno degli ulteriori fori che - pure - sono previsti dal nostro diritto internazionale privato e che operano nel senso di fondare la giurisdizione italiana in una serie particolarmente ampia di ipotesi, in cui non sempre il nesso con l'ordinamento italiano appare tale da giustificare il fatto che in base ad esso venga ammesso il radicarsi della controversia al suo interno. Vale solo la pena di ricordare che, nella specifica materia dei rapporti personali tra genitori e figli e della filiazione, «la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti rispettivamente da gli artt. 3 e 9, anche quando uno dei genitori o il figlio è cittadino italiano o risiede in Italia» (art. 37 della legge 218/1995).

3. Le rilevanti norme di diritto internazionale privato.

Tanto premesso in ordine alla effettiva sussistenza della giurisdizione in capo al Tribunale di Chiavari, restano da prendere in considerazione i profili inerenti all'esatta determinazione della legge applicabile alla domanda giudiziale promossa dall'attrice.

Poiché, infatti, nel nostro ordinamento non esiste alcuna presunzione di coincidenza tra *forum* e *ius*, dopo aver individuato l'organo giurisdizionale legittimamente titolato a conoscere della controversia *de qua*, occorre procedere all'individuazione della legge regolatrice della stessa, soffermandosi, in particolare, sulle problematiche che attengono più da vicino ai conflitti di legge ed all'applicazione del diritto straniero. È infatti necessario individuare quale, fra i criteri di collegamento previsti dalla legge n. 218 del 1995, sia idoneo a stabilire la localizzazione spaziale della fattispecie in esame.

La controversia va inquadrata nell'ambito delle disposizioni di diritto internazionale privato in materia di filiazione: le norme a tal fine rilevanti sono quelle di cui agli articoli 33 e 35, rispettivamente dedicati alla «filiazione» ed al «riconosci-

mento di figlio naturale»(3): entrambe, infatti, potrebbero ritenersi applicabili al caso in cui sia richiesta una pronuncia giudiziale di paternità, qualora si guardasse esclusivamente al dichiarato obiettivo di stabilire un vincolo giuridico di parentela tra il soggetto che invoca il riconoscimento del proprio *status* di figlio ed il presunto genitore biologico dello stesso.

Tuttavia, a ben vedere, si è da più parti rilevato come il criterio di collegamento posto dall'art. 33, comma 1, debba intendersi essenzialmente riferito alla costituzione di un vincolo di filiazione legittima, mentre la dichiarazione giudiziale richiesta nel procedimento promosso innanzi al Tribunale di Chiavari, mirando a costituire unicamente un rapporto di filiazione *naturale*, sarebbe più correttamente da inquadrarsi (secondo la dottrina) all'interno della fattispecie descritta dall'art. 35, comma 1(4): in questo modo, infatti, si perseguirebbe più efficacemente l'obiettivo di facilitare lo stabilimento del rapporto di filiazione, posto che si permetterebbe di ricorrere alla legge nazionale del soggetto nei cui confronti la filiazione deve essere stabilita, qualora le norme dell'ordinamento del figlio non permettessero di pervenire a tale risultato.

Non può tacersi, tuttavia, che questo non pare essere il criterio ermeneutico fatto proprio dalla Suprema Corte, la quale sembra aver implicitamente riconosciuto, ancora recentemente, che la dichiarazione giudiziale di paternità naturale rimane soggetta, in punto di legge applicabile, alla norma di conflitto posta dall'art. 33 in tema di filiazione(5), la quale richiama esclusivamente alla legge nazionale del figlio al momento della nascita.

Pur in presenza di un simile quadro interpretativo non del tutto univoco, occorre evidenziare che la fondamentale differenza tra l'adesione all'una o all'altra posizione sta nel fatto che solo qualora si ritenga di applicare l'articolo 35 sarà possibile ricorrere alla legge nazionale del soggetto chiamato ad operare il riconoscimento(6) (*rectius* - in questo caso - del soggetto nei cui confronti il riconoscimento è operato) per il caso in cui la legge del figlio fosse meno favorevole rispetto alla possibilità di riconoscere giurisdizionalmente la filiazione naturale. Cosicché, se non si frappongono ostacoli in ordine al riconoscimento della paternità in forza dell'ordinamento del figlio(7), la questione non ha neppure ragione di porsi.

Nell'ipotesi residuale in cui, invece, il vincolo di filiazione non potesse essere stabilito in virtù della legge nazionale della sig.ra C.M.G., in base al summenzionato orientamento maggiormente improntato al *favor filiationis* avrebbe potuto venire in rilievo la legge italiana quale normativa nazionale del soggetto nei cui riguardi deve essere resa la dichiarazione di paternità giudiziale(8).

Tanto premesso, nell'esaminare la richiesta di dichiarazione giudiziale di paternità avanzata da parte attrice il Collegio di Chiavari ha dovuto senz'altro procedere a verificare se tale domanda potesse essere utilmente assoggettata alle pertinenti norme della «legge nazionale del figlio al momento della nascita» (conformemente agli artt. 33 e 35).

4. La *lex causae* ed il limite dell'ordine pubblico.

Una volta stabilito che, in base al criterio di collegamento della legge nazionale del figlio, il giudizio introdotto dalla sig.ra C.M.G. doveva essere sottoposto al diritto australiano, a tenor dell'art. 18 della legge 218 del 1995 è stato quindi necessario guardare proprio a quest'ultimo al fine di rinvenirvi i criteri di soluzione dei conflitti interni idonei a determinare la specifica legge applicabile alla fattispecie(9).

Come si vedrà nel prosieguo (vd. par. successivo), essendo quello australiano un ordinamento federale plurilegislativo, è possibile che coesistano al suo interno diverse normative passibili di regolare, in modo differente, una medesima fattispecie: il rischio di antinomie è tuttavia evitato dal fatto che le diverse previsioni sono caratterizzate da specifici limiti applicativi (*ratione loci* o *ratione personae*) tali da scongiurare la possibilità che possa profilarsi un concorso di norme incompatibili tra loro.

A tal proposito occorre inoltre tener presente che non esiste un *corpus* australiano di norme scritte di diritto internazionale privato, né una pluralità di previsioni sparse all'interno di testi differenti ma invocabili quali principi generali della materia: quest'ultima è infatti costruzione quasi esclusivamente giurisprudenziale, cosicché per comprenderne i contenuti è spesso necessario riferirsi alle precedenti decisioni delle corti, conformemente al noto principio dello "*stare decisis*" (10). È invece possibile che le normative tese a disciplinare una specifica materia contengano al proprio interno alcune norme di d.i.p., esattamente come accade nel *Family Law Act 1975*.

Peraltro, nei sistemi cd. "di *common law*" - qual è quello australiano - il campo del diritto di famiglia è interessato da una marcata convergenza tra i criteri di competenza giurisdizionale, utilizzati dalle norme chiamate ad individuare il foro competente, ed i criteri di collegamento volti ad indicare la legge regolatrice della fattispecie.

Così, non stupisce che, da un lato, la Sect. 69K del *Family Law Act 1975* stabilisca che «una corte di un Territorio non deve instaurare o decidere procedimenti in conformità alla presente Part [sezione] qualora almeno una delle parti del procedimento non sia stabilmente residente nel Territorio medesimo nel momento in cui i giudizi sono radicati o trasferiti innanzi alla corte» (11), mentre, dall'altro lato, la Sect. 42 del medesimo strumento, in punto di legge applicabile, si esprima nei seguenti termini: «(1) La giurisdizione conferita ad una corte, o della quale una corte sia investita, conformemente alla presente legge, deve essere esercitata in accordo con tale legge medesima e con le norme di diritto applicabili innanzi a quella corte...».

L'esame delle norme di diritto internazionale privato proprie dell'ordinamento australiano, quindi, ci consente di individuare la legge designata come applicabile al caso di specie tra quelle appartenenti ai diversi Stati federali (12): si tratta della *lex fori* dello Stato in cui si troverebbe il giudice competente a conoscere della domanda nel caso in cui questa fosse promossa innanzi ad una corte australiana. Essa, in forza delle disposizioni riportate, risulta essere quella del luogo in cui una delle parti abbia stabilito la propria residenza (13), poiché è in quello stesso territorio che dovrebbe essere radicato il giudizio ai sensi della legge locale.

In altre parole, requisiti e forma della dichiarazione giudiziale di paternità rimangono soggetti al diritto dello Stato di *Victoria* nel quale si trova attualmente localizzata la residenza dell'attrice, posto che il convenuto risiede al di fuori dei confini federali australiani. Tuttavia, l'individuazione dello specifico ordinamento sub-statale richiamato viene resa superflua dal fatto che il *Family Law Act 1975* - nell'ambito del quale sono rinvenibili le linee guida in tema di dichiarazione (giudiziale) di paternità - è una fonte normativa federale e, in quanto tale, si applica all'intero territorio australiano senza ulteriori distinzioni *ratione loci* (14).

Venendo quindi a considerare il contenuto delle pertinenti norme di diritto materiale australiano, la disposizione cui occorre fare specifico riferimento è quella di cui alla Sect.

69VA: «Nel momento in cui decide, dopo averne raccolto le prove, sulla questione della paternità di un figlio ai fini del procedimento, la corte può altresì pronunciare una dichiarazione di paternità che costituisca prova legale della paternità medesima ai fini di qualsiasi ordinamento del Commonwealth». In forza di tale previsione, il giudice ha quindi la possibilità di pronunciarsi sulla paternità di un soggetto, dopo che siano state assunte al giudizio prove sufficienti a dimostrare la sussistenza del rapporto di filiazione reclamato.

La norma richiamata deve essere integrata per mezzo del riferimento alla pratica applicativa delle corti australiane: come già si è accennato, infatti, negli ordinamenti di *common law* il "diritto vivente" rappresentato dalla prassi giurisprudenziale riveste un ruolo del tutto equiordinato rispetto alle norme scritte, che vengono per suo tramite integrate, se non addirittura supplite nel caso non raro in cui una specifica materia manchi di disciplina a livello legislativo o regolamentare (15). Le corti sono dunque vincolate al rispetto non solo della normativa applicabile - laddove presente - ma anche delle precedenti pronunce che, sul medesimo tema, provengano dalle giurisdizioni superiori (16).

Entro i limiti così individuati, esse godono tuttavia di una relativa discrezionalità nell'interpretare ed applicare il diritto non scritto caratteristico del *common law* (17). Così, nel caso *Thomson v Raffaele* (18), la *Supreme Court of the Australian Capital Territory*, sulla base degli elementi di prova raccolti nel corso del giudizio (e relativi essenzialmente alla compatibilità genetica, ma anche all'esistenza di una relazione tra gli asseriti genitori naturali al momento del concepimento, alle deposizioni degli interessati, ecc.), pronunciò una dichiarazione giudiziale di paternità (19) del tutto analoga a quella prevista dagli artt. 269 ss. del nostro codice civile, tale cioè da attestare un vincolo di filiazione naturale (sotto questo profilo, del tutto analoga all'azione di cui all'art. 269). Peraltro, nello specifico caso qui ricordato il giudice australiano aveva contestualmente disposto: (i) il disconoscimento della paternità risultante dal certificato di nascita e (ii) lo stabilimento del nuovo vincolo di filiazione nei confronti del soggetto che era risultato essere il padre biologico.

Come osservato dalla difesa del convenuto sig. G.C. nel corso del giudizio, si potrebbe ritenere che un'azione di questo tipo, evidentemente ammessa dal diritto straniero in questione, possa incontrare il limite dell'*ordine pubblico* nel momento in cui sia promossa innanzi ad un giudice italiano: nel nostro ordinamento, infatti, l'azione di disconoscimento della paternità e quella per la dichiarazione giudiziale di paternità naturale devono intendersi nettamente distinte e legate da un nesso di consequenzialità necessaria, posto che in base agli artt. 253 e 269, comma 1, cod. civ. «in nessun caso è ammesso un riconoscimento in contrasto con lo stato di figlio legittimo o legittimato in cui la persona si trova» e «la paternità e la maternità naturale possono essere giudizialmente dichiarate nei casi in cui il riconoscimento è ammesso» (20).

Con riferimento al limite rappresentato dall'*ordine pubblico*, deve tuttavia evidenziarsi che esso è ammesso ad operare, in Italia, in un novero estremamente ristretto di casi. Gli si devono riconoscere infatti, tra gli altri, i caratteri dell'assoluta eccezionalità e della concretezza (è cioè necessario valutare se le concrete conseguenze dell'applicazione della legge straniera possano ritenersi contrarie ad esso): in altre parole, il limite dell'*ordine pubblico* non può essere chiamato ad operare in via estensiva al di fuori degli stretti confini entro i quali le corti nazionali sono solite ammetterne l'applicazione (21). Fra l'altro, si è già evidenziato come le norme di

diritto internazionale privato in tema di costituzione del vincolo di filiazione siano univocamente orientate nel senso del *favor filiationis*: essendo queste ultime apertamente volte a garantire, nella più larga misura possibile, lo stabilimento della paternità nel chiaro intento di tutelare la posizione del soggetto più debole nell'ambito del rapporto tra genitori e figli(22), il richiamo all'ordinamento straniero può essere escluso solo nel caso in cui l'applicazione della legge così individuata comporti la violazione di un interesse altrettanto meritevole di tutela in base al nostro ordinamento interno(23).

Se, da un lato, l'accennato problema relativo all'ordine pubblico non sembra dunque trovare spazio nell'ambito della presente controversia, dall'altro lato tale questione appare comunque del tutto irrilevante una volta rilevato che - conformemente a quanto chiarito dal Tribunale di Chiavari - non esiste alcun vincolo di paternità legalmente accertata con riferimento alla posizione dell'attrice: in tal caso, infatti, non pare neppure potersi configurare un'azione di disconoscimento giudiziale di paternità(24).

5. L'ordinamento plurilegislativo australiano.

Nell'ottica di esaminare il problema della dichiarazione giudiziale di paternità alla luce della pertinente normativa straniera applicabile, può ancora essere utile premettere qualche considerazione relativa alla peculiare connotazione - cui già s'è fatto cenno - dell'ordinamento giuridico australiano: esso, oltre ad essere riconducibile al novero dei cd. sistemi di *common law*, presenta una configurazione *plurilegislativa* direttamente collegata alla forma di Stato federale(25).

Con specifico riferimento alle circostanze della controversia, infatti, la prefigurata distinzione tra le leggi regolatrici appartenenti ai diversi Territori federali potrebbe apparire priva di qualsiasi concreto rilievo qualora non si tenesse adeguatamente in considerazione il fatto che l'ordinamento giuridico australiano presenta i caratteri propri di quegli ordinamenti - cd. plurilegislativi - spesso caratterizzati dalla forma di Stato federale e, in ogni caso, composti da una pluralità di sistemi normativi: al loro interno possono coesistere, per un medesimo rapporto, discipline differenti, a seconda della localizzazione territoriale della situazione giuridica o dell'appartenenza ad uno specifico gruppo sociale dei soggetti in questione(26).

Ora, la sig.ra C.M.G., cittadina australiana, nel corso del tempo ha trasferito la propria residenza - benché pur sempre nell'ambito del territorio federale australiano - dallo Stato del *South Australia*, in cui è nata (vicino ad Adelaide) ed in cui ha presumibilmente risieduto almeno sino al 1975 (anno in cui la madre sposò in seconde nozze il sig. C.G.G., cosicché dal certificato di matrimonio si può apprendere che il nucleo familiare dell'attrice risiedeva ancora nelle vicinanze di Adelaide), allo Stato di *Victoria*. A tal proposito, dunque, è appena il caso di precisare che, nel prendere in considerazione il "diritto australiano" nel suo insieme, occorrerà prestare particolare attenzione al fatto che esso risulta in realtà frazionato in una pluralità di diverse leggi che vanno ad integrare e completare il diritto federale (gerarchicamente sovraordinato rispetto ad esse), risultando potenzialmente idonee a regolare in modo differente un medesimo atto o rapporto a seconda della collocazione spaziale e temporale della fattispecie giuridica cui di volta in volta si fa riferimento(27).

In materia di ordinamenti plurilegislativi, il già citato art. 18 della legge 218/1995 prevede che «1. Se nell'ordinamento dello

Stato richiamato [...] coesistono più sistemi normativi a base territoriale o personale, la legge applicabile si determina secondo i criteri utilizzati da quell'ordinamento. 2. Se tali criteri non possono essere individuati, si applica il sistema normativo con il quale il caso di specie presenta il collegamento più stretto». La legge di riforma del diritto internazionale privato italiano ha quindi aderito, all'esito di un fitto dibattito dottrinale, ad una posizione mediana tra i due estremi rappresentati dall'idea di un richiamo diretto degli ordinamenti particolari operato dalla norma di conflitto, da un alto, e dall'opposta visione favorevole all'utilizzo dei criteri di soluzione dei conflitti interni previsti nell'ambito dello stesso sistema giuridico non unificato(28): come appare evidente dal tenore dell'art. 18, si è scelto di delegare, in prima battuta, all'ordinamento straniero richiamato il compito di dirimere eventuali conflitti interni tra le diverse normative applicabili, su base territoriale o personale, al suo interno. Solo qualora i criteri interni di collegamento della controversia ad una singola legge regolatrice non potessero essere, per qualsiasi motivo, rintracciati, si può operare direttamente la localizzazione della fattispecie nell'ordinamento di quello che, tra i singoli sottosistemi in cui è ripartito il sistema giuridico straniero, presenti il più stretto collegamento con la lite.

Dunque, nell'interrogarsi sul significato delle notazioni contenute nell'atto di nascita della sig.ra C.M.G. e sulle successive modificazioni ad esso apportate, occorrerà prendere in considerazione la legge nazionale dello Stato federale del *South Australia*, ossia la legge dello Stato di formazione dell'atto pubblico straniero in questione(29). Al contrario, nel momento in cui si debba prendere in considerazione il luogo in cui è (attualmente) stabilito il domicilio dell'attrice, verrà in rilievo l'ordinamento di *Victoria*.

6. Le vicende relative allo status familiare della sig.ra C.M.G.

A fronte della domanda, tesa ad ottenere una dichiarazione giudiziale di paternità, formulata dall'attrice, il Tribunale di Chiavari ha dovuto anzitutto verificare qual era (al momento della nascita) e qual è oggi il rapporto giuridico intercorrente tra la sig.ra C.M.G. ed il sig. K.Z., il quale fu legalmente sposato con la madre dal 1952 fino al divorzio avvenuto antecedentemente al 1975 (anno del nuovo matrimonio con il sig. C.G.G.).

Sulla scorta dei certificati prodotti in giudizio, risultava pacifico che l'attrice nacque - nel 1965 - in costanza di matrimonio della madre con il sig. K.Z., dal momento che il divorzio deve essere collocato in un momento successivo al 1965: alla sig.ra C.M.G. fu dunque attribuito, conformemente alla legislazione australiana in allora vigente, il cognome del marito della madre, ossia "Z".

A tal proposito, deve rilevarsi come il certificato di nascita dell'attrice non lasci alcun dubbio sul fatto che la paternità della sig.ra C.M.G. fu originariamente attribuita al sig. K.Z., le cui generalità erano state infatti indicate in corrispondenza dei campi relativi al "father" ("padre") della neonata. Se alla sig.ra C.M.G. fu attribuito, alla nascita, il cognome "Z.", ciò non fu dunque dovuto unicamente al fatto che tale era il cognome che la madre aveva nel frattempo acquisito a seguito del matrimonio con il sig. K.Z. ma, al contrario, tale circostanza presentava un chiaro legame con l'individuazione della paternità della minore.

Peraltro, in questo specifico caso non viene in rilievo la disciplina statale del *South Australia* (dove la sig.ra C.M.G. è nata e dove è stato formato lo stesso documento in que-

stione), poiché la normativa inerente al vincolo di filiazione può essere direttamente individuata in una legge federale del *Commonwealth of Australia*. Quest'ultima, conformemente a quanto previsto dal *Commonwealth of Australia Constitution Act*, prevale gerarchicamente su ogni legge statale e territoriale che si ponga in contrasto con essa(30). Cosicché, se si prende in considerazione il testo normativo contenente la pertinente disciplina federale, si apprende che nell'ordinamento australiano opera un'automatica presunzione di paternità, nei confronti del coniuge della madre, del tutto analoga a quella esistente nel nostro ordinamento. Il *Family Law Act 1975*, infatti, così recita: « (1) *Se un figlio è nato da una donna sposata, si presume che egli sia figlio della donna stessa e di suo marito...* » (Sect. 69P).

Peraltro, anche qualora il concepimento non fosse avvenuto in costanza di matrimonio, un'analogha presunzione di paternità sarebbe stata ammessa ad operare sulla sola scorta delle indicazioni contenute nell'atto di nascita(31).

La registrazione contenuta nel certificato di nascita, in sostanza, è di per sé idonea a far scaturire un *presunzione di paternità* nei confronti della persona indicata quale genitore del bambino all'interno del certificato medesimo, così come è di per sé idoneo il fatto che la madre abbia contratto un vincolo coniugale affinché il marito sia legalmente ritenuto il padre del bambino.

Sembra dunque evidente che l'istituto della presunzione di paternità operi senz'altro, anche nell'ordinamento australiano, con riguardo alla posizione del coniuge della donna divenuta madre, cosicché al momento della nascita dell'attrice si venne ad instaurare un effettivo legame giuridico di filiazione tra la stessa sig.ra C.M.G. ed il sig. K.Z., il quale doveva dunque considerarsi padre della minore a tutti gli effetti.

Per quanto concerne, poi, le successive vicende inerenti allo stato civile della sig.ra C.M.G., il Collegio è stato chiamato a stabilire, da un lato, se ancor oggi il sig. K.Z. debba essere legalmente considerato padre della sig.ra C.M.G. e, dall'altro, se il fatto che quest'ultima abbia nel frattempo acquisito il cognome "G." possa in qualche misura incidere sull'individuazione della sua paternità. L'analisi del secondo di questi due aspetti è stata senz'altro condotta in un momento preliminare rispetto a quella del primo, al fine di sgomberare il campo da ogni dubbio relativo alla posizione del sig. C.G.G. e, successivamente, considerare unicamente l'attuale sussistenza, o meno, del legame di parentela tra l'attrice ed il sig. K.Z.

A tal proposito il Tribunale di Chiavari ha condivisibilmente ritenuto che la circostanza del mutamento di cognome occorso nel 1975, e puntualmente registrato sul certificato di nascita dell'attrice, fosse di per sé *inidonea ad incidere in qualsiasi misura sul rapporto di filiazione* intercorrente tra la stessa e il soggetto che risultava esserne il padre in base a quanto indicato nel medesimo certificato.

Tra le circostanze capaci di orientare univocamente il giudizio in tale direzione, infatti, spicca anzitutto il fatto che l'annotazione operata sul certificato di nascita di parte attrice doveva ritenersi riferibile solo ed esclusivamente ad un mutamento di cognome della persona interessata, senza che vi fosse alcun elemento tale da poter far ritenere che l'annotazione stessa potesse aver avuto conseguenze sulla paternità della sig.ra C.M.G.: la dizione "*Surname changed to G.*", infatti, va letteralmente tradotta con l'espressione italiana "*Cognome mutato in G.*", né la modifica interessò in alcun modo i campi che, nel documento considerato, erano dedicati all'indicazione delle generalità del padre.

Non solo. Visto e considerato che la dizione "*not stated*" (che ha sostituito la precedente indicazione del padre legittimo riferita al sig. K.Z. ed in relazione alla quale si rinvia alle considerazioni svolte subito *infra*) risulta inserita nell'atto - all'interno dei campi dedicati alle generalità del "*father*" ("padre") - pochi giorni dopo il mutamento di cognome, ciò sembra confermare che la circostanza dell'assunzione di un diverso cognome andasse tenuta nettamente distinta da qualsiasi evento che potesse riguardare, sotto un diverso profilo, la questione del vincolo di paternità attestato al momento della nascita. Si evidenzia che alla parte attrice, infatti, era stato consentito di assumere il cognome "G." nel momento in cui risultava ancora la paternità legittima del sig. K.Z.

Venendo invece a considerare la pertinente normativa australiana applicabile al procedimento amministrativo di modifica del cognome attribuito alla nascita, si evidenzia che, nell'ordinamento in questione, il mutamento di cognome rappresenta una possibilità il cui utilizzo è assai più snello e semplificato(32) rispetto all'analogo istituto disciplinato dal diritto civile italiano(33).

Peraltro, la rilevata assenza di qualsiasi riferimento ad un ordine della corte territoriale ha condotto a ritenere che il mutamento di cognome della sig.ra C.M.G. sia riconducibile ad un mero procedimento amministrativo dinanzi al competente ufficio: nell'ordinamento considerato è, infatti, estremamente agevole richiedere ed ottenere un mutamento dei dati anagrafici quali risultanti dal certificato di nascita, e ciò anche nel caso in cui la domanda sia formulata con riguardo alla posizione di un minore (come nel caso di specie, posto che all'epoca del mutamento di cognome, nel 1975, la sig.ra C.M.G. aveva appena dieci anni)(34).

Dopo aver stabilito che il mutamento di cognome della sig.ra C.M.G. (intervenuto con un'annotazione sul certificato anagrafico datata 18 dicembre 1975) non presentava alcun legame con la problematica relativa al rapporto di filiazione legale della stessa, per potersi pronunciare sul merito della domanda di parte attrice il Collegio ha dovuto infine soffermarsi sulla posizione del sig. K.Z. rispetto all'attrice, posizione che è chiaramente collegata alla rettifica del 23 dicembre 1975 per mezzo della quale le generalità del sig. K.Z. stesso furono eliminate dal certificato di nascita e sostituite dalla dizione "*not stated*", ossia "*non indicato*", "*non determinato*"(35).

A tal proposito, dal certificato di nascita prodotto dall'attrice emerge che, appena cinque giorni dopo l'annotazione del mutamento di cognome, il competente ufficiale di stato civile ("*Acting Principal Registrar*") procedeva ad indicare come "non determinata" la paternità della sig.ra C.M.G., la quale fino a quel momento doveva ritenersi figlia legittima del sig. K.Z.

Venendo al significato di tale notazione in punto di diritto, si è già avuto modo di evidenziare che il legame di filiazione che si instaura, alla nascita, tra il neonato ed il marito della madre è fatto oggetto di una presunzione legale da parte del diritto australiano applicabile. La possibilità di contestare, in un momento successivo, la reale sussistenza del vincolo di paternità, appare peraltro indubbia alla luce delle pertinenti norme di diritto australiano applicabile ossia, in questo caso, il *Births, Deaths and Marriages Registration Act 1996* (36).

Ciò, per evidenziare che in base alla normativa del *South Australia* era senz'altro possibile che a seguito ad un esame di compatibilità ematica o, comunque, avendo altrimenti fornito la prova di non poter essere il padre della minore C.M.G., il sig. K.Z. avesse formulato domanda di discono-

scimento di paternità; allo stesso modo l'azione avrebbe potuto essere promossa dalla sig.ra M.T.D., madre dell'attrice, il cui matrimonio con il sig. K.Z. era nel frattempo stato sciolto: come si è già rilevato, il divorzio è chiaramente da collocarsi in un periodo di tempo antecedente al 29 agosto 1975, giorno in cui ella si unì in seconde nozze con il sig. C.G.G.

Anzi, in considerazione degli estesi poteri "inquisitori" che la normativa in questione pare riservare all'ufficiale di stato civile nel verificare la correttezza dei dati anagrafici risultanti dai registri di stato, è ben possibile che la madre della sig.ra C.M.G. avesse semplicemente informato il competente ufficio del fatto che la presunzione legale relativa alla paternità della figlia doveva ritenersi non veritiera; così, in virtù degli autonomi poteri di indagine conferitigli dalla legge, il registrar può aver verificato, sulla base del diritto australiano applicabile, che tale segnalazione rispondeva al vero e provveduto, quindi, a correggere i dati contenuti nel registro di stato.

Ciò che si intende evidenziare è che la notazione "not stated", regolarmente apposta sul certificato di nascita dal suddetto "Acting Principal Registrar" e contestuale all'eliminazione delle generalità del sig. K.Z. dai campi riservati all'identificazione del padre della sig.ra C.M.G., ha dunque avuto il ruolo di recidere il vincolo di filiazione che era stato precedentemente instaurato (*ope legis*, poiché in forza di una presunzione legale) e di modificare lo status della sig.ra C.M.G., portando con sé i medesimi effetti giuridici che, nel nostro ordinamento, sono riconnessi all'azione di disconoscimento della paternità di cui al combinato disposto degli artt. 235 e 244 cod. civ. (37).

La stessa *High Court of Australia* (38), nel caso *Magill v Magill* (39), par. 106, si è pronunciata in questo senso: «Per quanto riguarda le presunzioni di paternità [83], il figlio nato in costanza di matrimonio della madre deve considerarsi, nel vigore del *Family Law Act*, altresì figlio del marito di lei (s 69P) e una presunzione di paternità deriva dalla registrazione della nascita (s 69R). La *Family Court* può ordinare che sia esibito un documento o comunque fornita al prova della paternità (s 69V) e può altresì richiedere che venga eseguito un test medico di paternità (ss 69W e 69X), statuendo di conseguenza (s 69VA)».

7. Conclusioni.

Sulla scorta delle precedenti considerazioni, la determinazione cui è giunto il Collegio del Tribunale civile di Chiavari con sentenza n. 839/2011 del 12 dicembre 2011 appare senza dubbio condivisibile.

Deve infatti ritenersi che, alla luce delle pertinenti norme del diritto straniero, al momento della nascita la sig.ra C.M.G. fu registrata all'anagrafe dello Stato del *South Australia* quale figlia legittima del sig. K.Z., all'epoca marito della madre. Successivamente, tuttavia, lo stato civile dell'odierna attrice dovette intendersi modificato nel senso di non dar più conto di alcun vincolo di filiazione legale per via paterna, cosicché non può che approvarsi quanto evidenziato dal Collegio giudicante laddove ha conclusivamente osservato che, sia in considerazione del *favor filiationis* che impronta la nostra normativa di diritto internazionale privato, sia in virtù del fatto che una domanda di dichiarazione giudiziale di paternità nei confronti di un soggetto attualmente privo dello status legale di figlio per via paterna non presenta alcun profilo di conflitto con i principi di ordine pubblico propri del nostro ordinamento giuridico (eventualità su cui si sarebbe potuto discutere, invece, qualora la sig.ra C.M.G. avesse presentato, in assenza di una

previa azione di disconoscimento, la stessa domanda di dichiarazione giudiziale di paternità pur essendo ancora legata da un rapporto di filiazione rispetto ad un altro soggetto (40)), non sussiste alcun motivo ostativo all'accoglimento della domanda attorea (41).

Avv. Francesco Pesce
Assegnista di ricerca in diritto internazionale
Università di Genova

(1) «1. L'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice. A tal fine questi può avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del Ministero di grazia e giustizia; può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate. 2. Qualora il giudice non riesca ad accertare la legge straniera indicata, neanche con l'aiuto delle parti, applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana».

(2) A ben vedere, il criterio del domicilio del convenuto è lo stesso che, sul piano interno, vale altresì ad individuare la competenza per territorio, sulla scorta della quale la lite - nel contesto più ampio della giurisdizione italiana - è stata radicata innanzi al Tribunale di Chiavari, al cui circondario appartiene il comune di Sestri Levante, luogo di residenza del sig. G.C. (art. 18 cod. proc. civ.).

(3) Così recita l'art. 33: «1. Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita. 2. È legittimo il figlio considerato tale dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita del figlio. 3. La legge nazionale del figlio al momento della nascita regola i presupposti e gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato di figlio. Lo stato di figlio legittimo, acquisito in base alla legge nazionale di uno dei genitori, non può essere contestato che alla stregua di tale legge». In base all'art. 35, invece, «1. Le condizioni per il riconoscimento del figlio naturale sono regolate dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita o, se più favorevole, dalla legge nazionale del soggetto che fa il riconoscimento, nel momento in cui questo avviene...». Sul punto, cfr. O. Porchia, *La filiazione nel diritto internazionale privato*, in G. Ferrando (dir.), *Il nuovo diritto di famiglia*, Tomo 3. *Filiazione e adozione*, Bologna, 2007, p. 549 ss.

(4) Così, ad esempio, G. Carella, *Art. 35*, in S. Bariatti (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1996, spec. p. 1194-1195; C. Campiglio, *Articolo 35*, in F. Pocar, T. Treves, S.M. Carbone, A. Giardina, R. Luzzatto, F. Mosconi, R. Clerici, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 189; L. Carpaneto, *Art. 35 - Riconoscimento di figlio naturale*, in F. Preite, A. Gazzanti Pugliese di Cotrone (a cura di), *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, Milano, 2011, p. 887-889.

(5) Cass., 12 maggio 2004, n. 8961, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 123 ss.

(6) Si fa riferimento, peraltro, alla legge dell'ordinamento di cui il soggetto che opera il riconoscimento è cittadino nel momento in cui il riconoscimento stesso è effettuato (o dichiarato).

(7) Circostanza, questa, che è stata poi effettivamente accertata in sede di sentenza.

(8) A tal proposito giova evidenziare che, nel caso in cui lo stabilimento della filiazione in forza della disciplina straniera avesse dovuto essere impedito dall'operare del limite dell'ordine pubblico (cfr. art. 16 della legge 218/1995), a nulla sarebbe valso il successivo richiamo alla legge italiana di cui all'art. 35, c. 2, seconda parte: trattandosi di un limite all'operare del diritto straniero collegato a principi irrinunciabili del nostro ordinamento, sarebbe a fortiori evidente che un simile vincolo di filiazione non avrebbe potuto essere stabilito neppure sulla scorta delle prescrizioni di cui al nostro diritto di famiglia nazionale (si pensi al caso in cui il soggetto che chiede il riconoscimento giudiziale di paternità do-

vesse già risultare figlio legittimo di un terzo). I contorni di tale problema saranno meglio chiariti nel momento in cui si affronterà la questione dell'attuale *status* della sig.ra C.M.G., in relazione alla possibilità, per il giudice, di dichiararne giudizialmente la filiazione nei confronti del sig. C.G.G.

(9) Sulla base della previsione secondo la quale «1. Se nell'ordinamento dello Stato richiamato [...] coesistono più sistemi normativi a base territoriale o personale, la legge applicabile si determina secondo i criteri utilizzati da quell'ordinamento. 2. Se tali criteri non possono essere individuati, si applica il sistema normativo con il quale il caso di specie presenta il collegamento più stretto».

(10) Cfr. P.B. Carter, *Some Impressions of Private International Law in Australia*, in *University of Western Australia Annual Law Review*, volume 3, 1954-1956, p. 67 ss.

(11) La traduzione della presente come delle successive citazioni normative e giurisprudenziali, originariamente in lingua inglese, è dell'Autore.

(12) Cfr. *Halsbury's Laws of Australia*, voce *Conflicts of Law*, 85-1: «...A conflict of laws arises for an Australian court where the other law area or country involved is outside Australia. Furthermore, any contact by an Australian court with the legal system of a State or Territory other than the one in which the court sits raises a question of the conflict of laws...».

(13) Anche a prescindere dalla specifica previsione del *Family Law Act* qui richiamata, nel *common law* australiano è generalmente riconosciuto che alle controversie inerenti a questioni di *status* personali si applichi in linea di massima la legge del luogo di domicilio del soggetto interessato: cfr. P.E. Nygh, M. Davies, *Conflict of Laws in Australia*, 7th ed., 2002, [1.1].

(14) Ritiene invece che l'art. 35, comma 1, introduca due norme di conflitto *alternative* (e non sussidiarie) P. Picone, *Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione*, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 318. Occorre ricordare che, qualora all'interno del diritto straniero considerato sia possibile rinvenire previsioni tali da poter, in base ad esso, stabilire senza ostacoli il nesso di filiazione richiesto dalla parte attrice, si evita l'ipotesi di un'applicazione sussidiaria della legge italiana, figurata dall'art. 35 per il caso in cui quest'ultima si riveli orientata ad un più marcato *favor filiationis*.

(15) Basti pensare al già menzionato caso del diritto internazionale privato, quasi esclusivamente di costruzione giurisprudenziale.

(16) Cfr. G. Baier, *Courts and Federalism: judicial doctrine in the United States, Australia and Canada*, Vancouver, 2006; D.E. Pirro, *Il tribunale della famiglia in Australia: un esempio di innovazione procedurale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1980, p. 1300 ss.

(17) Cfr., su tutti, A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, 2^a ed., Torino, 2002, p. 69 ss.

(18) [2005] ACTSC 139 (9 dicembre 2005).

(19) D'altronde, lo stesso caso *Magill v Magill* della *High Court of Australia*, già citato, si concluse con una dichiarazione giudiziale di paternità.

(20) Cfr. A. Finocchiaro, *L'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale*, in *Vita notarile*, 1999, p. 1152; A. Coscia, *Osservazioni sulla contestualità processuale dell'azione di disconoscimento e della dichiarazione giudiziale di paternità*, in *Lo stato civile italiano*, 2007, p. 502 ss.; *contra* S. Arena, *Ancora sul disconoscimento della paternità e sulla dichiarazione giudiziale della stessa in un'unica azione*, in *Lo stato civile italiano*, 2007, p. 163-164.

(21) In tema si rinvia, per tutti, a S.M. Carbone, P. Ivaldi, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 2000, p. 47 ss.

(22) Esse appartengono al novero delle norme di diritto internazionale privato aventi *finalità materiale*: come nel caso dello stabilimento del vincolo di filiazione, il richiamo della legge di un ordinamento piuttosto che di quella di un ordinamento diverso è legato al raggiungimento del precipuo obiettivo che il legislatore intende conseguire attraverso la formulazione della norma conflitto.

(23) Dunque, considerato che il diritto straniero richiamato non sem-

bra porre ostacoli allo stabilimento del vincolo di filiazione né, in generale, gli effetti della sua applicazione paiono integrare l'ipotesi di contrasto con l'ordine pubblico internazionale figurata dall'art. 16 della legge 218 del 1995, si ritiene che non sussistano preclusioni all'applicazione della legge regolatrice della fattispecie - quale individuata dalle pertinenti norme di d.i.p. - da parte del giudice italiano. Ciò potrebbe verificarsi, ad esempio, se la legge applicabile non consentisse di stabilire giudizialmente la filiazione nei confronti di un soggetto che, al momento del concepimento, stesse intrattenendo una relazione extraconiugale: cfr. Cass., 28 dicembre 2006, n. 27592, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2007, p. 597 ss., con nota di F. Corbetta, *Riconoscimento della filiazione naturale e funzionamento delle norme di diritto internazionale privato*; Cass., 8 marzo 1999, n. 1951, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2005, con nota di F. Patruno, *Filiazione naturale ed ordine pubblico internazionale: un'interessante applicazione*; in merito alla stessa pronuncia si rinvia altresì a R. Clerici, *Dichiarazione giudiziale di paternità e diritto marocchino*, in *Famiglia e diritto*, 1999, p. 451 ss.

(24) Sul tema si rinvia, *inter alia*, a G. Giaggheddu, *Brevi considerazioni in materia di legittimazione passiva nel procedimento per dichiarazione giudiziale di paternità naturale*, in *Rivista giur. sarda*, 2009, p. 571 ss.; G. Gazzoni, *L'erba voglio non cresce nemmeno nel giardino del giudice: dichiarazione giudiziale di paternità, ordini del giudice e provvedimenti abnormi*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2009, p. 1778 ss.; A. Renda, *Questioni in tema di legittimazione attiva e passiva nell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1023 ss.; S. Arena, *Questioni varie riguardanti l'attribuzione del cognome al figlio riconosciuto sulla base delle previsioni dell'art. 262 c.c.*, in *Lo stato civile italiano*, 2009, p. 84 ss.; M. Di Nardo, *La disciplina sostanziale e processuale del rapporto di filiazione alla luce dei recenti interventi della Consulta*, in *Giur. mer.*, 2009, p. 552 ss.; M. Mantovani, *La filiazione legittima*, in G. Ferrando (dir.), *Il nuovo diritto di famiglia*, Tomo 3. *Filiazione e adozione*, cit., p. 233 ss.; A. Finocchiaro, *L'azione per dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale*, in *Vita notarile*, 1999, I, p. 1139 ss.; Id., *Il riconoscimento e le azioni concernenti lo status di figlio naturale*, in *Vita notarile*, 1997, I, p. 69 ss.; Id., *Effetti sul riconoscimento inammissibile ex art. 253 c.c. dell'azione di disconoscimento di paternità*, in *Giust. civ.*, 1979, p. 155 ss.

(25) Cfr. N. Olivetti Rason, *I "Territori" federali: modelli statunitense, canadese ed australiano*, in *Studi parlamentari e di politica costituz.*, 2001, p. 35 ss.; M. Gobbo, *Federalismo, autonomia e decentramento negli ordinamenti australi di matrice britannica*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, p. 445 ss.

(26) Cfr., da ultimo, S.M. Carbone, C. Tuo, *Art. 18 - Ordinamenti plurilegislativi*, in F. Preite, A. Gazzanti Pugliese di Cotrone (a cura di), *Atti notarili*, cit., p. 642. Sul punto, vd. altresì G. Conetti, *Art. 18*, in S. Barriatti (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, cit., p. 1072 ss.

(27) Tra gli altri ordinamenti territoriali troviamo quelli del *South Australia* (luogo in cui la sig.ra C.M.G. è nata) e dello Stato di *Victoria* (in cui deve collocarsi l'attuale residenza dell'attrice stessa). Un quadro generale sul diritto di famiglia nell'ordinamento australiano è offerto dal volume della *International Encyclopaedia of Laws - Family and Succession Law* di J. Neville Turner, *Australia*, The Hague - London - Boston, 1997.

(28) A proposito delle problematiche di diritto internazionale privato relative agli ordinamenti plurilegislativi si rimanda, per tutti, a C. Ricci, *Il richiamo di ordinamenti plurilegislativi nel diritto internazionale privato*, Padova, 2004. In altre parole, i fautori della prima posizione ritenevano che il richiamo operato dal diritto internazionale privato italiano dovesse considerarsi passibile di individuare non solo il pertinente ordinamento straniero nel suo complesso, ma altresì il singolo sistema sub-statale (come nel caso di uno Stato federale) le cui specifiche norme dovessero venire applicate nel caso di specie in virtù di un particolare legame con la controversia. Chi aderiva alla teoria opposta, al contrario, riteneva che il richiamo operato dalla norma di conflitto esaurisse il proprio compito con l'individuazione dell'ordinamento statale chiamato a regolare la fattispecie; l'eventuale esistenza di un contesto plurilegislativo in cui fossero presenti una molteplicità di norme astrattamente applicabili alla

medesima controversia avrebbe dovuto essere risolto, invece, dalle norme nazionali straniere specificamente dedicate alla soluzione dei conflitti interni.

(29) Salvo poi accertare, in ultima battuta, se la sig.ra C.M.G. ha portato con sé il proprio stato civile, acquisito ad Adelaide in *South Australia*, nel momento in cui ha trasferito la propria residenza nello Stato di *Victoria*.

(30) *Commonwealth of Australia Constitution Act*, Sect. 109: «Quando una legge di uno Stato appare incompatibile con una legge del Commonwealth, quest'ultima prevale e la precedente deve, nella misura in cui risulta incompatibile, ritenersi invalida».

(31) «Se in un registro delle nascite, o nel contesto di una informazione di paternità operata conformemente ad una legge del Commonwealth o di un singolo Stato, Territorio o giurisdizione straniera riconosciuta, viene indicato il nome di una persona quale genitore del bambino, si presume che tale persona sia effettivamente un genitore dello stesso» (Sect. 69R).

(32) Basti pensare che i moduli da completare per richiedere - in via amministrativa - il cambio di nome sono oggi agevolmente reperibili online (per il *South Australia*, all'indirizzo http://www.ocba.sa.gov.au/assets/files/change_name_child.pdf). Il procedimento per il cambio di nome di un minore prevede, in particolare, la residenza nel territorio dello Stato, la produzione del certificato di nascita del soggetto interessato, il consenso degli esercenti la potestà genitoriale ed il pagamento di un contributo di 141 \$. È altresì previsto che la domanda venga evasa entro 10 giorni, mentre l'eventualità di un rifiuto è legata esclusivamente al caso in cui le nuove generalità indicate appaiano contrarie all'ordine pubblico, oscene, offensive o concretamente non accettabili (ad esempio qualora il nome sia troppo lungo o comprenda caratteri grafici privi di trasposizione fonetica): nello stesso modulo relativo al cambio di nome si chiarisce che «La domanda può essere rigettata qualora il nome scelto debba considerarsi non conforme all'interesse pubblico, osceno, offensivo o qualora esso non possa essere in via di fatto utilizzato (es. nome troppo lungo nome che contenga simboli privi di traduzione fonetica). In questo caso, al richiedente verrà rifiuto il contributo versato».

(34) Con particolare riguardo al territorio del *South Australia*, l'intera Part 4 del *Births, Deaths and Marriages Registration Act 1996* (che ha sostituito il precedente testo risalente al 1966) è specificamente dedicata alla disciplina del cambio di nome (cfr. la Sect. 23, che funge da norma di apertura della citata Part 4: «Il nome di un soggetto può essere mutato attraverso la registrazione della modifica in conformità con la presente Part [sezione]»); per il caso in cui il procedimento in questione venga avviato con riguardo alla posizione di un minore, essa presenta una disposizione del seguente tenore: «(1) I genitori di un minore - (a) che sia domiciliato o abitualmente residente nello Stato; o (b) la cui nascita è registrata nello Stato; possono formulare domanda, innanzi al Registrar [ufficiale di stato civile] e attraverso le modalità da quest'ultimo approvate, di registrazione del cambio di nome del minore. (2) Una domanda di registrazione del mutamento di nome può essere presentata da un solo genitore se - (a) il richiedente è il solo genitore menzionato nel certificato di nascita redatto conformemente alla presente o a qualsiasi altra legge; o (b) non esiste un altro genitore in vita; o (c) la Corte approva la modifica del nome proposta. (3) La Corte può, su richiesta dei genitori, approvare un mutamento di nome proposto per il figlio se rileva che ciò è conforme al superiore interesse del minore. (4) Se i genitori di un minore sono deceduti, non possono essere reperiti o per qualsiasi altra ragione non possono esercitare la propria responsabilità genitoriale nei confronti del figlio, è il tutore a poter formulare domanda di mutamento del nome».

(34) Il fatto che l'annotazione non facesse riferimento ad alcuno specifico provvedimento giurisdizionale, ad ogni modo, può far pensare ad un procedimento svoltosi interamente innanzi alla competente autorità amministrativa.

(35) Sull'uso di tale formula per indicare un'ipotesi di paternità non

determinata, cfr. ad esempio la pronuncia della *Supreme Court of Australia* nel caso *Registrar of Births, Deaths & Marriages v Andary*, [2004] SASC 68 (12 marzo 2004), par. 8.

(36) In particolare, si tratta delle Sect. 41 («(1) Il Registrar [ufficiale di stato civile] può condurre un'indagine al fine di conoscere - (a) se si è verificato un evento passibile di registrazione; o (b) i dettagli di un evento di tal sorta; (c) se i dettagli di uno specifico evento annotabile nei registri di stato sono stati correttamente inseriti nello stesso. (2) Il Registrar può, con un ordine indirizzato ad un soggetto capace di fornire informazioni rilevanti ai fini di un'indagine di cui alla presente section [articolo], richiedere a tale soggetto di rispondere a specifiche domande o di fornire altre informazioni nel tempo e nel modo specificati nell'ordine (3) In assenza di un giustificato motivo, un soggetto che non ottemperi all'ordine rivolto dal Registrar conformemente alla precedente subsection [comma/paragrafo] è punito con un'ammenda fino a \$ 1.250») e della successiva Sect. 42 («(1) Il Registrar [ufficiale di stato civile] può rettificare il registro - (a) per dar conto di una novità emersa nel corso di un'indagine compiuta conformemente alla Division 2 [ossia la precedente Sect. 41]; o (b) per inserirvi gli elementi contenuti in un'annotazione inerente ad un evento registrabile in conformità con le più affidabili informazioni disponibili al Registrar in merito all'evento registrabile. (2) Il Registrar corregge il registro aggiungendo o eliminando un'intera voce o aggiungendo, modificando o cancellando i dettagli contenuti in una voce. (3) Il potere di rettificare conferito al Registrar in conformità della presente section [articolo] deve intendersi ulteriore rispetto ad ogni altro potere conferitogli dalla presente legge»).

(37) Né costituisce un ostacolo, in tal senso, l'anzidetta presunzione di paternità fondata sull'esistenza di un vincolo matrimoniale, che cede innanzi al raggiungimento della prova contraria: «Una presunzione sorta in conformità alla presente Subdivision [contenente gli articoli da 69P a 69U] può essere superata dalla prova contraria dopo aver operato un opportuno bilanciamento. (2) Qualora: (a) due o più presunzioni fondate sulla presente Subdivision siano rilevanti in un giudizio; e (b) queste presunzioni, o alcune di esse, confliggano fra loro e non siano superate nel corso del procedimento; prevale la presunzione che, a giudizio della corte, appaia la più corretta. (3) La presente section [articolo] non si applica alle presunzioni previste dalla subsection [comma/paragrafo] 69S(1)» (*Family Law Act 1975*, Sect. 69U).

(38) Si tratta dell'organo giurisdizionale australiano di ultima istanza a livello federale.

(39) [2006] HCA 51 (9 novembre 2006).

(40) Nel qual caso sarebbe rimasto residualmente applicabile l'art. 279 cod. civ., laddove prevede che «in ogni caso in cui non può proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità, il figlio naturale può agire per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione. Il figlio naturale se maggiorenne e in stato di bisogno può agire per ottenere gli alimenti». Sul punto, cfr. A. Cordiano, *La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 274 c.c. e i problemi di coordinamento con rinvio operato dall'art. 279 c.c.: l'interesse del minore come questione aperta*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 915 ss.; F. Prosperi, *Paternità naturale, stato di figlio legittimo altrui, efficacia preclusiva degli atti di stato civile e dubbi sulla perdurante operatività dell'art. 279 c.c.*, in *Giur. it.*, 2005, p. 1831 ss.; G. Manera, *Proposibilità in via incidentale dell'accertamento del rapporto di filiazione di figli naturali non riconoscibili perché aventi lo stato di figlio legittimo*, in *Giur. mer.*, 1994, p. 95 ss.

(41) Tutt'altro ordine di problemi, poi, deriverà dalle conseguenze di una pronuncia di tal sorta in relazione alle eventuali pretese risarcitorie avanzate dalla sig.ra C.M.G. nei confronti del sig. G.C.: in proposito cfr., da ultimo, G. Facci, *Questioni controverse in tema di prescrizione nell'ambito della responsabilità dei genitori nei confronti dei figli*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 29 ss.

Sezione mediazione, conciliazione e arbitrato

Documenti

La mediazione in Francia ed in Liguria, Napoleone e gli avvocati

Carlo Alberto Calcagno
Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. *Introduzione* - 2. *Nascita della médiation in Francia ed importanza dell'accesso alla giustizia.* - 3. *La conciliazione obbligatoria nell'Europa del XIX secolo. Il ruolo dei legali nella procedura.* - 4. *Disciplina della médiation in Francia nel XVIII secolo.* - 5. *La disciplina della conciliazione obbligatoria nell'Italia ad influenza francese.* - 6. *La disciplina della conciliazione obbligatoria nella Repubblica Ligure.* - 7. *Il giudice di pace napoleonico in Liguria e la conciliazione "tecnica".* - 8. *La legislazione francese nei confronti degli Ordini e l'intervento napoleonico.* - 9. *Peculiarità della Liguria napoleonica e "strumenti" della vigilanza.* - 10. *La conciliazione obbligatoria nel codice di procedura civile francese del 1806 ed i successivi sviluppi.* - 11. *Conclusioni su conciliazione obbligatoria ed avvocati nella Francia post-rivoluzionaria.* - 12. *Inesistenza di un rapporto tra conciliazione obbligatoria e divieto di interpretazione della legge.*

1. Introduzione.

Il presente contributo prende le mosse dall'interessante Convegno "Il futuro della professione legale in Italia ed in Inghilterra" tenuto presso il COA Genova il 16 giugno 2012.

Vorrei in esso soffermarmi sulla situazione francese e ligure post-rivoluzionaria che è stata oggetto di plurime considerazioni da parte degli illustri relatori e che credo possa destare forse un qualche interesse nel foro genovese.

2. Nascita della médiation in Francia ed importanza dell'accesso alla giustizia.

La dottrina ottocentesca precisa che fu Voltaire con una celebre lettera in cui si esaltava il ruolo della conciliazione in Olanda ad ispirare i Titoli III e X del decreto del 16-24 agosto 1790 (1). E siccome in tale missiva dell'enciclopedista gli avvocati non sono descritti in modo lusinghiero (2) se ne è dedotto frettolosamente che l'istituzione della conciliazione obbligatoria comportasse la volontà di limitare il ruolo ed il prestigio dei legali. Ma è probabilmente soltanto una leggenda che venne peraltro autorevolmente alimentata anche nel ventennio fascista.

Nel XVIII secolo in verità il principio della obbligatorietà della partecipazione alla conciliazione preventiva si ritrova anche in Svizzera (a Ginevra), in Prussia, in Svezia e Danimarca, nell'ex Governo Pontificio e dunque si dubita fortemente che siano state le autorevoli parole di Voltaire ad accendere la miccia della pace e che soprattutto l'istituto sia nato in Francia per limitare il ruolo dell'avvocato.

In controtendenza sulla obbligatorietà in quel periodo andavano solo gli Stati Sardi, ma si sospetta che in merito al peso della contrarietà molto giocasse, almeno in origine, il rapporto tra il Sovrano e gli Ebrei visto che a presidio del diritto reale di *kasagà* di questi ultimi vi era appunto un tentativo di conciliazione obbligatoria a cui nemmeno il Re poteva sottrarsi.

In Francia la conciliazione obbligatoria, così come la coscrizione obbligatoria, non nascono in definitiva dall'esigenza di li-

mitare diritti e ruoli, ma piuttosto dalla pressante necessità di controllare il territorio.

A partire dal 1790 questo assillo si pone progressivamente anche nella restante parte dell'Europa perché era venuto meno l'antico regime.

Si pensò dunque di affiancare l'utilizzo delle armi (3) con una nuova organizzazione giudiziaria: idea efficace anche se non originale, visto che aveva già fatto grande l'impero romano.

Non fu dunque un caso che la conciliazione volontaria divenisse poi il vessillo della libertà nel Regno delle Due Sicilie decisamente recalcitrante a piegarsi alla legislazione napoleonica, né fu casualità che la legislazione etnea e quella sarda venissero riprese nel 1865 da quella del Regno d'Italia.

L'accesso alla giustizia divenne dunque nell'Ottocento napoleonico di fondamentale importanza: se i cittadini, infatti, non fossero riusciti a rivolgersi al giudice, il Governo non sarebbe stato in grado di controllarli se non appunto con le armi.

Per essere accessibile la giustizia doveva anche godere della informalità e della tendenziale gratuità, dal momento che era indirizzata soprattutto ad analfabeti e poveri.

Nella prospettiva indicata divenne nevralgico che la giustizia di pace avesse anche un'organizzazione capillare.

Come si può sommessamente notare il concetto di gratuità della conciliazione ha servito nei secoli diversi padroni.

L'esigenza del controllo del territorio risalterà anche nel prosieguo con riferimento alla legislazione della nostra amata regione.

3. La conciliazione obbligatoria nell'Europa del XIX secolo. Il ruolo dei legali nella procedura.

Sulla scorta di questo bisogno comunque il modello francese di conciliazione obbligatoria arriva anche nel Canton Ticino, nel Ducato di Modena, in Ungheria, Portogallo e Spagna.

A partire dal 1821 nel paese iberico si inizia pure a parlare di conciliazione tra cittadini e Pubblica Amministrazione.

Il principio dell'obbligatorietà del tentativo trova luogo anche nel codice spagnolo del 1856. Tutto ciò non depone dunque a favore della tesi secondo cui con l'introduzione della conciliazione obbligatoria si fosse voluto "congiurare" contro la professione legale. Corrisponde a verità che in Francia inizialmente i legali siano stati esclusi per volontà della Costituente dalle sedi conciliative, ma non deve meravigliare perché in quel paese c'era un'ansia da pacificazione fortissima per tutto il sangue versato dalla ghigliottina.

Inoltre in diversi stati si riteneva non opportuno che essi partecipassero alla conciliazione dei loro assistiti: così in Olanda, in Prussia, nell'ex Regno Pontificio, nella Repubblica Ligure ed il principio viene mantenuto anche dalla legislazione asburgica in Lombardia e Veneto sino al 1848.

L'esclusione peraltro venne fatta oggetto di ampia riflessione anche in sede parlamentare nostrana, nonostante che il modello di conciliazione che poi approderà nel codice del 1865 fosse, come è stato detto, quello volontario (4).

Le resistenze parlamentari ebbero influenza anche sulla prassi fino alla fine del secolo.

I giudici ritennero dunque di ammettere gli avvocati in conciliazione a loro discrezione; l'assistenza si considerava necessaria solo in alcuni casi: in ausilio ai ciechi e sordi, quando la parte

non avesse sufficiente pratica degli affari o non sapesse esprimere con chiarezza le proprie ragioni, ovvero si diffidasse dell'astuzia dell'avversario.

E ciò mentre la dottrina più autorevole (Scamuzzi) che aveva peraltro contribuito al processo legislativo di riforma del 1892, rivalutava invece il ruolo del legale ritenendo che comunque fosse opportuno sia consultarne uno prima dell'esperimento della conciliazione sia avvalersi del legale stesso in conciliazione per evitare che fissata la linea col proprio legale, la stessa rimanesse cristallizzata nel corso del procedimento per mancanza di flessibilità dei litiganti dovuta ad ignoranza delle norme. Ma torniamo ora un poco alla legislazione post-rivoluzionaria in Francia.

4. Disciplina della *médiation* in Francia nel XVIII secolo.

La conciliazione preventiva francese (*médiation*) veniva svolta dal giudice di pace e dall'ufficio di pace: erano esentati da essa solo gli affari concernenti la nazione, i comuni, l'ordine pubblico, il commercio e la tutela degli incapaci.

Non fu peraltro quella del conciliatore una magistratura nata dal nulla: sulla falsa riga dei Difensori di città romanistici già nel 1313 esistevano gli Uditori del Cancellotto che giudicarono a Parigi sino al XVII secolo le cause lievi, senza apparati, senza istruzione scritta e senza spese.

Anche il lungo viatico dell'istituto depone dunque per l'inesistenza di un "complotto" a danno dei legali.

Ogni giudice di pace era assistito da due assessori (5) ed aveva una propria circoscrizione.

Il tentativo di conciliazione doveva effettuarsi obbligatoriamente per tutte le materie eccedenti la sua competenza, diversamente non si poteva adire il tribunale civile distrettuale.

Del tentativo tra parti appartenenti a circoscrizioni diverse si occupava un ufficio di pace nominato dal Consiglio comunale in ogni città che fosse sede di tribunale.

L'ufficio di pace (*bureau de paix*) era formato da sei membri, di cui due giuristi, aveva come incombenza anche quella di patrocinare i poveri e di risolvere i loro affari.

Peraltro gli stessi magistrati potevano effettuare il necessario uditorato presso il *bureau de paix*.

Chi voleva interporre appello, sia contro le sentenze del giudice di pace sia contro quelle del tribunale distrettuale, doveva produrre idonea certificazione dell'Ufficio distrettuale che attestasse l'infertilità del tentativo.

Gli appelli infondati comportavano comunque il pagamento di un'ammenda e così la mancata presentazione al tentativo, se la sentenza fosse stata riparata.

Tale scelta per quanto radicale appare allo scrivente comunque migliore rispetto a quella dell'attuale governo di mettere un filtro di inammissibilità in prima battuta al procedimento appello. La citazione davanti all'ufficio di pace interrompeva la prescrizione. Il 26 ottobre 1790 furono poi dettate le regole processuali per la procedura di conciliazione, ma erano assai farraginose, tanto che si tornò alla famosa *Ordonnance* di Luigi XIV del 1667. La costituzione francese del 13 settembre 1791 prescrive poi vari principi in materia di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie tra cui quello della conciliazione obbligatoria e così la Cassazione francese stabilì che la nullità da mancanza di tentativo fosse conoscibile anche d'ufficio in ogni stato del processo.

La costituzionalizzazione dei metodi alternativi potrebbe essere una idea luminosa anche per le legislazioni dei paesi europei attuali. E ciò sempre più nella prospettiva di rendere effettiva l'attuazione della normativa europea in materia di accesso alla giustizia come richiesto dall'Europa e auspicato recentissima-

mente dalla relatrice della direttiva 52/08 sulla mediazione transfrontaliera (6).

Nel 1792 in Francia il tentativo divenne obbligatorio anche nel pubblico impiego.

Gli interventi legislativi che abbiamo descritto non riguardano peraltro Napoleone che come vedremo non ebbe affatto un atteggiamento negativo nei confronti della professione legale, seppure la benevolenza dell'Imperatore non fosse propriamente legata a filantropia.

5. La disciplina della conciliazione obbligatoria nell'Italia ad influenza francese.

L'ufficio di conciliazione fu istituito anche nella Repubblica Cisalpina nel 1797: il conciliatore conosceva obbligatoriamente, ma non in sede contenziosa, tutte le cause sopra le 8000 lire di Milano; il verbale aveva la forma di giudicato di ultima istanza. Se nel giorno della comparizione non seguiva l'accordo, e se una parte o ambedue non comparivano, veniva rilasciato a chi lo richiedeva certificato di comparsa, ma né in esso, né in altro atto veniva fatta menzione delle proposizioni delle parti davanti all'ufficio di conciliazione, né della loro approvazione o disapprovazione, offerte, promesse, parole o discussioni qualunque esse fossero.

Tale regolamentazione del principio di riservatezza non ha proprio alcunché da invidiare a quelle più recenti ed è seguito in oggi anche dai mediatori dell'Organismo del COA Genova.

Nella Repubblica Romana (1798-1799) soggetta al comando del "Generale Comandante delle Truppe Francesi" esisteva il Tribunale civile del Pretore.

In sede di conciliazione il Pretore ed i suoi assessori formavano un Burò di conciliazione per gli affari di valore superiore ai 1200 scudi romani.

"Il ministero del Burò di conciliazione è quello di impiegare, per accordare le parti, tutti li mezzi di Consiglio e d'Istruzione".

Siamo dunque in presenza di una conciliazione valutativa e di un sistema, a cavallo tra la conciliazione e il processo, che poi troverà grande fortuna negli Stati Uniti del XX e XXI secolo.

"Se le parti si accordano viene formato dallo scriba un atto di Conciliazione, il quale esprime tutte le clausole convenienti: quest'Atto sottoscritto dai membri del Burò di conciliazione, dalle Parti, o dai loro Procuratori, e dallo Scriba ha la forza di un giudicato di prima istanza".

In questa ultima formulazione si annidano tutti gli elementi della mediazione civile e commerciale più recente.

"Quindici giorni dopo la prima comparsa delle parti avanti al Burò di conciliazione, se esse non sono conciliate, viene rilasciato a chi lo domanda, e l'Atto della sua comparsa; ma né in quest'Atto, né in alcun altro, viene fatta menzione delle proposizioni fatte dalle parti davanti al Burò, né della loro approvazione, o disapprovazione, offerte, parole, e discussioni qualunque esse siano".

La lettera, di una modernità sconcertante, è dunque identica a quella che rinveniamo nella legislazione della Repubblica Cisalpina.

6. La disciplina della conciliazione obbligatoria nella Repubblica Ligure.

Anche la Liguria fu assoggettata prima all'influenza francese e poi alla dominazione napoleonica dal 1796 al 1815.

Ed è soprattutto con riferimento alla nostra regione che possiamo apprezzare il rapporto tra Napoleone ed i legali.

Mi permetto di descrivere la legislazione di pace di quella che fu la Repubblica Ligure anche perché essa fu in parte legata all'ingegno di Luigi Corvetto.

L'insigne giurista verrà poi chiamato da Napoleone nella com-

missione di compilazione del Codice di commercio che avrà fortuna in buona parte dell'Europa.

Già questo dato potrebbe farci riflettere su quanto Napoleone apprezzasse gli avvocati, addirittura quelli di un paese in fondo "straniero" (7).

L'importanza di Corvetto è peraltro enorme anche per l'attuale ordinamento di pace: se oggi abbiamo i giudici di pace e la mediazione civile commerciale lo dobbiamo alla lungimiranza di colui che fu oltre che Presidente del direttorio ligure anche legislatore ed avvocato dei poveri.

Nel 1798 in Liguria più di un terzo delle norme sulla riorganizzazione giudiziaria operata in Carignano, riguardarono la giustizia di pace(8); in conseguenza si vennero a trovare su un territorio per la verità più vasto di quello attuale oltre 200 giudici di pace dislocati in 156 cantoni per 20 giurisdizioni.

Essi servivano circa 600.000 abitanti: in sostanza c'era un giudice di pace ogni 300 abitanti(9).

Non si comprende dunque come in una società di certo più complessa e numerosa di quella ligure del Settecento si possa oggi solo pensare di ridurre gli uffici giudiziari, senza peraltro nemmeno indicare a chi dovranno rivolgersi i cittadini e che ne sarà dell'arretrato.

Lo stesso Napoleone che non ebbe certo in animo, come vedremo, di cancellare gli uffici giudiziari ma solo di sostituirli, pianificò la sorte dell'arretrato.

Il giudice di pace ligure del 1798 doveva avere trent'anni e durava in carico un anno, ma poteva essere rieletto e risiedeva nel comune capo-cantone.

Non aveva inoltre soltanto funzione giudiziaria, ma anche politica visto che presiedeva l'assemblea dei cantoni che peraltro lo eleggeva unitamente agli assessori su convocazione del "commissario di governo per ordine del direttorio esecutivo".

All'epoca non c'erano dunque problemi di risorse per gli uffici giudiziari visto che era lo stesso giudice di pace che vegliava sulla destinazione degli introiti fiscali del cantone di competenza.

Il giudice di pace poteva appartenere alla prima o alla seconda classe: tale appartenenza ne determinava la competenza che era più ristretta nella seconda classe e consisteva nel presiedere il tribunale di famiglia in relazione agli incapaci, nel giudicare senza formalità inappellabilmente tutte le controversie sino a 50 lire (tra le 50 e le 300 il giudizio era appellabile) e le cause da danni campestri.

I giudici di pace "provvedevano ad impiegare la loro mediazione, ed ufficio per la conciliazione di tutte le controversie eccedenti la loro competenza; e vertenti fra cittadini, dei quali almeno il reo è domiciliato nella rispettiva loro giurisdizione"; quindi si trattava di conciliazione preventiva obbligatoria su ispirazione di quella francese del 1790.

Da notarsi che in questa legge si utilizza già il termine mediazione su traduzione del termine francese: l'attuale convinzione sulla genesi anglo-americana della terminologia va pertanto ripensata.

Erano di seconda classe i giudici di pace del luogo ove risiedeva il tribunale che però era *itinerante* e quindi si passava facilmente da una classe all'altra.

A Genova centro che aveva una popolazione di circa 90.000 anime si contavano ad esempio solo sei giudici di pace e di seconda classe, uno per ogni quartiere e "due per il circondario, fra le vecchie, e nuove mura, cioè tra la parrocchia di S. Teodoro e quella di San Vincenzo".

I giudici di pace di prima classe invece avevano una competenza giurisdizionale sino a lire 1000, ma i giudizi erano appellabili, esercitavano la volontaria giurisdizione e la giurisdizione

del lavoro sino a qualsiasi somma e si occupavano anche dei procedimenti possessori, delle apposizioni di termine, degli attentati ai corsi d'acqua dei mulini e all'agricoltura. Avevano una competenza penale per i delitti sino ad otto giorni di carcere o a 15 di "arresto in casa".

Questo sistema flessibile era davvero brillante: il cittadino ligure poteva rivolgersi con fiducia all'ufficio giudiziario del suo paese che avrebbe fatto fronte alla sua esigenza di tutela.

Non era dunque quasi mai necessario spostarsi per ragioni di materia.

Potremmo dire che in quel mondo legato ai commerci, l'accesso alla giustizia era effettivo e soprattutto veloce.

Nelle cause di competenza del giudice di pace non vi era un confine netto tra processo e conciliazione: «fa egli citare la parte; forma un processo verbale, sommario di quanto le parti hanno a lui esposto; riceve anche il giuramento decisorio, che una parte a delazione dell'altra avesse accettato; descrive distintamente i punti, su de' quali si è tra le parti convenuto».

Il processo verbale di conciliazione veniva sottoscritto dal giudice e dalle parti che sapessero scrivere o da loro testimoni che però partecipavano alla sola lettura del "convegno".

Anche nella Repubblica Ligure dunque il principio della riservatezza aveva un solido presidio.

Se una parte veniva citata due volte e non si presentava al tentativo il giudice di pace redigeva altro certificato testante, "che la parte è stata inutilmente chiamata all'Ufficio di pace".

Senza questi certificati che andavano allegati alla petizione, il tribunale non poteva ricevere alcuna causa.

Non si ammetteva in giudizio la presenza di "Curiali o Avvocati", a meno che non avessero questa qualità le stesse parti in causa; in tal ultimo caso se una parte non aveva tale qualità poteva dotarsi di "Curiale od Avvocato".

7. Il giudice di pace napoleonico in Liguria e la conciliazione "tecnica".

In questa situazione intervenne il decreto napoleonico del 1805 che riformò l'intero sistema giudiziario nella Regione(10) a seguito dell'annessione della Liguria alla Francia.

A partire dal 1805 il controllo francese sulla Liguria si rese penetrante.

Il 4 giugno 1805, infatti, il Senato della Repubblica genovese nella persona del Doge si recò a Milano e richiese a Napoleone che la Liguria fosse annessa alla Francia.

L'Imperatore non se lo fece ripetere due volte e nel decreto di annessione del 6 giugno 1805 stabilì che in ogni cantone ci fosse un giudice di pace(11).

Il giudice di pace napoleonico doveva avere almeno 25 anni ed era salariato dallo stato con 1200 lire nella città di Genova e 800 lire negli altri comuni e non poteva godere di nessun altro emolumento nemmeno se fosse stato nominato come arbitro.

La principale funzione d'un giudice di pace "consiste a conciliare le parti potendo": già da questa definizione si può comprendere che l'accordo in sé non aveva più centrale rilevanza.

Nelle materie che non fossero di sua competenza il giudice di pace doveva costituire un *Burò di Pace e di Conciliazione*.

L'unico precedente che si è rinvenuto in merito al coinvolgimento "forzato" del legale nella procedura di conciliazione si trova proprio nel decreto di Napoleone 15 Mietitore anno 13 (15 luglio 1805).

L'art. 36 prevedeva appunto che «A principiarsi dal giorno dell'installazione dei giudici di pace, niuna domanda sarà fatta ai tribunali di prima istanza, se il difensore non sarà stato previamente chiamato alla conciliazione del Burò di Pace».

E dunque non si può ragionevolmente affermare che Napo-

leone abbia voluto limitare in qualche modo l'azione dei legali con la *médiation* obbligatoria peraltro nemmeno da lui istituita e voluta.

Si trattava di una conciliazione preventiva obbligatoria che aveva carattere marcatamente tecnico e quindi il coinvolgimento del legale aveva una sua peculiare ragione d'essere, senza contare che di fronte al Burò ci si andava per le conciliazioni extra competenza del giudice di pace, e quindi anche per l'importanza degli interessi in gioco la figura avvocatzia poteva essere di ausilio. Le regole di procedura seguite in Liguria erano analoghe a quelle stabilite dall'Assemblea costituente francese del 1790. Ogni citazione per conciliazione davanti il giudice di pace veniva fatta in virtù di una "cedola" del giudice, che enunciava sommariamente l'oggetto della domanda, ed indicava il giorno e l'ora della comparsa.

Il giudice di pace del domicilio dell'attore o del luogo dove si trovava la cosa litigiosa, rilasciava questa cedola a richiesta dell'attore, o del suo procuratore, dopo aver inteso l'esposizione della sua domanda.

Quindi nella conciliazione ligure c'era un primo contatto col giudice che con tutta probabilità veniva effettuato e gestito dal procuratore, dato che non bisognava soltanto esporre la domanda ma che, per l'art. 37 del decreto del 15 luglio 1805, bisognava anche valutare i casi di dispensa dalla conciliazione che erano peraltro simili a quelli previsti dal decreto 4 marzo 2010 n. 28. Fatta ogni opportuna valutazione la "cedola" veniva notificata al convenuto per un incontro di conciliazione che si teneva davanti al giudice di pace del suo domicilio.

L'udienza di pace, come accennato, comportava adempimenti tecnici sin dall'inizio perché "*nell'atto della sua comparsa l'attore potrà spiegare ed anche accrescere la sua dimanda, ed il reo convenuto formare quella che giudicherà convenevole*".

È ragionevole pensare quindi che vi provvedessero i procuratori. A seguito di ciò si teneva la conciliazione che peraltro se riuscita non costituiva titolo esecutivo; se la conciliazione non riusciva si dava sommariamente atto che le parti "*non hanno potuto accordarsi*". Si trattava in conclusione di un tentativo preventivo che aveva molto del giudiziale, ossia che si occupava di definire la lite, ed è quindi più che normale che la legislazione napoleonica valorizzasse l'impiego dei legali. Erano dispensate dal tentativo gli affari che interessavano lo stato, i comuni, gli stabilimenti pubblici, i minori, gli interdetti e curatori delle successioni vacanti, le domande provvisorie, o che richiedono celerità, quelle con l'intervento di un terzo, quella fatta in seguito, o in esecuzione di un giudizio tra le parti stesse o chi di ragione, gli affari di competenza del tribunale di commercio, le domande per esecuzione di convenzioni stipulate nel burò di pace, quelle d'immissione in libertà *de main levée* (12) dei sequestri, e opposizioni, quelle di pagamento di locazioni, fitti, arretrato di redditi e le domande fatte contro tre parti e più, ancorché avessero il medesimo interesse.

Chi non compariva al tentativo veniva multato e non poteva continuare l'udienza sino a che non avesse pagato la multa di 10 lire. Dal decreto sulla riorganizzazione giudiziaria si può poi evincere con solare evidenza che Napoleone avesse essenzialmente il bisogno di controllare il territorio.

Di certo l'Imperatore non poteva avere una particolare ansia di pacificazione sociale, dal momento che il governo della Repubblica, era sicuramente filo-francese da almeno un lustro.

In questo senso i tentacoli imperiali furono stesi sull'intero apparato giudiziario.

Napoleone nominava i giudici insieme ai "*procuratori generali imperiali, i procuratori imperiali, i loro sostituti, i cancellieri, i procuratori, gli usciери, fuori quelli delle giustizie di pace*".

I pubblici ministeri napoleonici erano naturalmente agenti del governo e le corti di giustizia criminale erano formate da una maggioranza di militari (cinque) col grado di capitano.

Napoleone nominava pure i procuratori legali che si trovavano in numero fisso presso le giurisdizioni superiori e venivano regolati dal "*governo a sentimento del tribunale*"; non potevano che postulare presso il tribunale cui erano "attaccati" e le parti potevano scegliere se difendersi da sole oppure se rivolgersi a loro. In un tempo in cui sembra affermarsi l'idea di un Ombudsman che possa controllare le competenze e le capacità dei legali - controllo esterno che in verità in alcuni paesi europei investe anche i ruoli apicali di governo - e si richiamano dunque i Consigli dell'Ordine a prevenirlo, si può affermare che l'idea napoleonica di affidare il compenso dell'avvocato al Tribunale non è poi ipotesi così scandalosa, dal momento che venivano così valutati l'integrità del professionista, le capacità e competenze dimostrate in giudizio e pure la correttezza o meno del rapporto instaurato con la Corte.

8. La legislazione francese nei confronti degli Ordini e l'intervento napoleonico.

Ricordo ancora a me stesso che il 2 settembre 1790 la Costituente francese stabilì che gli avvocati non dovessero costituire ordine o corporazione ed indossare un particolare costume durante l'esercizio delle loro funzioni.

Ma Napoleone con una legge del 13 marzo 1804 stabilisce che i titoli e le funzioni di avvocato sono ripristinati a condizione di forte sottomissione al potere esecutivo e sotto l'autorità giudiziaria. Si prevede anche che dal 1° settembre 1810 sia i giudici sia gli avvocati debbano possedere un titolo universitario.

Nel 1810 viene poi ripristinato l'ordine degli avvocati (*tableau de avocats*). Si stabilisce che gli appartenenti all'ordine degli avvocati possano svolgere funzioni suppletive dei giudici o del commissario di governo.

Si introduce il giuramento degli avvocati e procuratori; si parificano agli avvocati nelle funzioni i procuratori "licenziati" nell'ambito dei Tribunali a cui "sono attaccati". Si stabilisce comunque che anche i procuratori non licenziati possano patrocinare le cause nel caso di assenza o rifiuto degli avvocati. Tutto ciò per ribadire che nei confronti di Napoleone che fu imperatore sino al 1814 (13), fatte le debite riflessioni in relazione alla cultura e agli equilibri politici dell'Età, i giuristi hanno comunque un apprezzabile debito di riconoscenza. L'azione imperiale può essere apprezzata specie se si mette a confronto con il regime coevo presente nel Lombardo-Veneto. L'esclusione degli avvocati dalle conciliazioni (esclusione estesa anche ai procedimenti possessori con Notificazione governativa del 13 ottobre 1825) durerà nel Lombardo-Veneto dal 1803 sino al 5 maggio 1848 quando il Provvisorio Governo della Lombardia la considererà indecorosa e contraria allo spirito della legge.

9. Peculiarità della Liguria napoleonica e "strumenti" della vigilanza.

La Liguria aveva poi delle peculiarità rispetto alla Francia: non c'erano tante campagne su cui vigilare.

Il ceto forte era quello dei commercianti, dei mercanti e degli armatori. Alla funzione di controllo e nello stesso tempo di riconoscimento di questi ceti fu destinata la Camera di Commercio istituita a Genova con decreto del Ministero dell'Interno del 17 giugno 1805.

Secondo le volontà dell'Imperatore entro lo stesso mese di giugno i nobili che la componevano avrebbero dovuto presentare uno studio "*sulla situazione attuale del commercio e delle manifatture di Genova e sui miglioramenti che si ritenessero possibili*".

Ma l'Imperatore non si fermò qui per blandire e controllare il ceto dominante (14): mutò anche la composizione del tribunale commerciale sino a quel momento composto da semplici cittadini di almeno trent'anni.

L'Imperatore decise che per essere giudice commerciale bisognava aver praticato il commercio per almeno cinque anni e non in un posto qualunque, ma nella città dove aveva sede il tribunale ed essere eletti da un'assemblea di negozianti, banchieri, mercadanti, manifattori ed armatori.

C'era comunque sempre la Corte d'Appello di Genova a controllare i loro giudizi.

Per ulteriore cautela Napoleone prescrisse che il personale giudiziario (cancellieri, procuratori e uscieri) dovesse rilasciare allo stato anche una salatissima cauzione e che se i cancellieri volevano un apprendista dovessero pagarselo, con il risultato che tutti possiamo immaginare.

Non stupisce dunque che anche il taglio della conciliazione dovesse tenere conto del bisogno di vigilanza e così si valorizzano i procuratori legali ed un rito conciliatorio riservato sostanzialmente ai giuristi.

In altre parole abbiamo visto che sino al 1805 gli avvocati non potevano partecipare al giudizio di pace: Napoleone comprese che se voleva vigilare efficacemente sui "borghesi" doveva avere in mano e nobilitare allo stesso tempo il ceto forense attraverso l'imposizione di un'attività preventiva che si svolgeva per il rilascio della cedola di conciliazione.

La conciliazione di per sé non aveva grande importanza, tanto che, come accennato, il verbale di accordo non era fornito di efficacia esecutiva.

L'Imperatore aveva anche un'altra necessità, quella di vigilare sulla nobiltà: con questa ultima preferì la via del compromesso e si comportò come disse poi l'eroe Tancredi del Gattopardo "cambiare tutto per non cambiare nulla".

L'Imperatore abolì dunque il 9 giugno 1805 la costituzione della repubblica del 1802 e dissolse il governo della città; e poi nominò amministratore facente funzione di prefetto di Genova l'ex doge e membri del consiglio del dipartimento di Genova i nobili liguri, un ex ministro francese che poteva evidentemente esercitare una vigilanza dall'interno del consiglio ed infine ex senatori della Repubblica di Genova.

Stabili poi solennemente nel decreto di riforma della giustizia «che le funzioni giudiziarie sono e saranno sempre separate dalle funzioni amministrative. I giudici non potranno, sotto pena di prevaricazione intorbidare in qualunque siasi modo le operazioni degli amministratori, né citarli nanti di loro per causa delle loro funzioni».

Nella Costituzione corsa del 1794 era previsto che gli agenti del governo potessero essere accusati di questo delitto dal Parlamento.

Napoleone era evidentemente imbevuto da questa cultura tanto che volle considerare la prevaricazione come delitto principe per punire i pubblici funzionari e di solito la pena per questo delitto era la degradazione civica.

In Liguria dunque la previsione del delitto di prevaricazione veniva benissimo perché impediva ai magistrati di indagare sull'amministrazione della città e dunque manteneva solide le gaurentigie nobiliari e gli equilibri repubblicani antecedenti; nello stesso tempo rafforzava anche il controllo imperiale che diventava esclusivo.

10. La conciliazione obbligatoria nel codice di procedura civile francese del 1806 ed i successivi sviluppi.

Sempre sul ruolo degli avvocati e la conciliazione obbligatoria si ritiene opportuno qui dar conto della situazione francese successiva alla grande codificazione napoleonica.

Possiamo dire che nel 1806 in Francia vi furono molte discussioni perché gli organi giudiziari (Corti, Tribunale, Consiglio di Stato) e non dunque gli avvocati chiedevano l'abolizione del tentativo obbligatorio: però il fatto che il principio della obbligatorietà fosse stato costituzionalizzato nel 1791 fece propendere il piatto della bilancia per i conservatori dell'istituto.

Tuttavia le polemiche ebbero come esito quello di ridimensionarne l'applicazione.

Il principio dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione passò però salvo eccezioni (15) nel codice di procedura civile francese del 1806-7 (art. 49) che però prevedette la sua mancanza come una nullità di carattere privato e quindi sanabile col silenzio.

Il tentativo fu inoltre riservato alle sole cause non di competenza del giudice di pace.

Le parti dovevano essere capaci di transigere e potevano conciliare solo su questioni per cui era possibile la transazione.

Vi era dispensa dal tentativo per alcune domande simili a quelle già esposte circa la normativa napoleonica in Liguria.

Il conciliatore era quello del domicilio del convenuto: le parti potevano comparire di persona o farsi rappresentare da mandatario. Chi non compariva era soggetto ad una ammenda di dieci franchi e non poteva essere sentito sino a che non dimostrava di averla pagata.

In presenza di accordo si redigeva il verbale con le condizioni dell'accordo: esso aveva forza di obbligazione privata; in difetto di accordo si scriveva sommariamente che le parti non si erano accordate e quando una parte non compariva ci si limitava ad annotarlo su una copia della citazione.

Ciò era un'innovazione positiva rispetto alla norma di cui al 1790 (art. 1^{er} 3 e 5 del titolo X) che ordinava che fosse disteso un processo verbale della fallita conciliazione e delle cose dette, confessate o negate dalle parti.

Inoltre si tenga conto che in Francia colui che fungeva da conciliatore non era sempre il giudice chiamato a giudicare, né accadeva mai che alla conciliazione seguisse immediatamente il giudizio.

Specie nelle città il tentativo obbligatorio non diede grandissima prova di sé, ma al contrario funzionò nelle campagne, tanto che fu mantenuto nell'interesse della pace e della concordia tra i cittadini.

Dai dati statistici raccolti in Francia tra il 1847 ed il 1852 si ricavò, infatti, che su quattro comparizioni vi erano state tre conciliazioni. Nonostante ciò l'obbligatorietà del tentativo cadde, ma ciò non lo dobbiamo attribuire alla volontà dei legali: possiamo affermare che i rapporti col potere furono sempre improntati al rispetto delle leggi nonostante il predetto scioglimento degli ordini - come di tutte le corporazioni (1793) - poi rientrato con Napoleone.

Accadde semplicemente che il Consiglio di Stato francese nel 1855 approntasse un progetto di legge che tendeva a rendere obbligatori gli avvertimenti ai cancellieri circa il divieto di citare il convenuto senza che prima il giudice di pace avesse chiamato a sé le parti per conciliarle.

Toccare gli adempimenti degli operatori giudiziari fu fatale alla obbligatorietà nonostante i dati statistici fossero, come detto, più che buoni. Qualche anno dopo in un regime di mediazione facoltativa la stessa relazione Zanardelli al re (1882) forniva in Italia dati statistici similari.

11. Conclusioni su conciliazione obbligatoria ed avvocati nella Francia post-rivoluzionaria.

In conclusione non mi sento di sostenere che l'obbligatorietà della mediazione abbia comportato direttamente in Francia o

nelle zone ad essa assoggettate alcun sacrificio del ruolo degli avvocati.

Se sacrificio agli avvocati venne imposto esso si legò, come per le altre professioni, essenzialmente ai tempi rivoluzionari.

Ricordo a me stesso che in quegli anni comunque un aggravio ben superiore e destinato a lunga fortuna si impose ai giudici dato che dal 1789 si diffuse l'obbligo della motivazione nelle sentenze.

Napoleone comunque invertì la rotta di qualsiasi asserita od effettiva vessazione dei giuristi e valorizzò invece le competenze e le capacità dei legali, con una misura compatibile con la necessità di controllo imperiale.

L'esclusione del legale dalla conciliazione fu invece nei secoli ben tollerata, in specie perché per tradizione risalente l'istituto non ha investito la vita professionale del giurista se non come un obbligo necessario alla progressione di carriera.

A partire dalla Roma arcaica, infatti, i *disceptatores domestici* di matrice legale conciliavano gratuitamente dalle sei del mattino alle sei di sera; ma ciò avveniva per un limitato periodo, potremmo dire a fini di tirocinio retorico.

Quella del conciliatore non era dunque una professione, così come del resto a Roma in tempi repubblicani non era una professione quella del giurista, ma solo un momento di passaggio necessario alla progressione nel corso degli onori.

12. Inesistenza di un rapporto tra conciliazione obbligatoria e divieto di interpretazione della legge.

Né in ultimo si può ritenere che sussista un legame ancorché "politico" tra istituzione della conciliazione obbligatoria e il divieto di interpretazione delle leggi che si afferma nel periodo rivoluzionario anche a carico delle scuole di legge.

L'interpretazione rappresentava nella prospettiva illuministica, un'attività normativa e non poteva spettare al giudice, ma al solo legislatore, per cui si riteneva che l'interpretazione autentica fosse l'unica interpretazione consentita.

Norme relative al divieto di *interpretatio* e al *référé législatif* esistevano già nell'ordinamento della Francia *d'Ancien Régime*.

L'art. 7, del titolo I, *dell'Ordonnance civile* del 1667 aveva stabilito che, qualora nel corso di un giudizio si fossero presentate difficoltà interpretative di un testo legislativo regio, il giudice avrebbe avuto l'obbligo di sospendere il giudizio e richiedere al Sovrano una interpretazione autentica.

E ciò quando si trattasse di norma regia, perché l'interpretazione del diritto romano comune era comunque possibile per il Giudice.

Il giudice poteva anche richiedere al legislatore, senza peraltro sospendere il giudizio, una interpretazione autentica in caso di dubbio interpretativo o in presenza di una lacuna nell'ordinamento.

Il divieto di interpretazione era peraltro di derivazione giustiniana ed in Francia aveva un particolare significato perché per *Interpretatio* si intendeva un'attività di adattamento o di creazione della norma attraverso la norma.

Il fatto che il divieto riguardasse la norma regia che era per mole minoritaria, consentiva peraltro alla stessa di estendersi per via di interpretazione.

Note:

(1) Décret 16=24 AOUT 1790.

(2) "La miglior legge ed utile usanza che io abbia mai veduto, sta in Olanda; ove quando l'un contro l'altro due uomini vogliono litigare, sono obbligati ad andare dapprima dinanzi al tribunale de' giudici conciliatori chiamati, fattori di pace. Se le parti giungono con un avvocato ed un procuratore, si fa innanzi tutto ritirar questi ultimi, siccome dal fuoco che si vuol spegnere si tolgono le legna. I fattori di pace dicono alle parti: <<Voi siete dei grandi pazzi nel voler consumare il vostro denaro per rendervi scambievolmente infelici; noi vi accomoderemo senza costarvene nulla.>> Che se la forza del cavillare è troppo viva in questi contendenti, li rimanda ad altro giorno, affinché il tempo lenisca i sintomi della loro malattia; indi i giudici li mandano a chiamare una seconda ed una terza volta, ma se la loro follia è incurabile, si permette loro di litigare, siccome si abbandonano all'amputazione del chirurgo le membra cancrenate: allora la giustizia prende il suo impero".

(3) È in questi anni che si afferma la coscrizione obbligatoria.

(4) Vennero scelti, infatti, il codice delle Due Sicilie e quello sardo che prevedevano appunto la facoltatività del tentativo.

(5) Ossia da due giuristi che in seguito diventeranno suoi supplenti.

(6) "Nonostante la quasi generale attuazione della Direttiva da parte degli Stati Membri, sono purtroppo stati fatti progressi minimi nell'uso della mediazione. Nella Risoluzione del 13 settembre 2012, il Parlamento ha esaminato le misure adottate per attuare la Direttiva, concentrandosi sui paesi ove il numero delle mediazioni è aumentato significativamente.

La Risoluzione ha individuato solo un piccolissimo numero di Stati in questa categoria. Infatti, nella maggior parte degli Stati Membri, l'attuazione della Direttiva ha portato a cambiamenti minimi nell'utilizzo della mediazione.

Tra gli Stati dove vi è stato un cambiamento significativo, l'Italia è in prima linea. Senza dubbio, l'incremento esponenziale del numero delle mediazioni nel vostro paese è il risultato della legge che ha reso il tentativo di conciliazione condizione di procedibilità dell'azione legale per talune categorie di controversie civili". A. Mc Carty, *Il giusto rapporto tra giurisdizione e mediazione: prima e dopo la Direttiva europea*, relazione dattiloscritta in Convegno ADR, 6 giugno 2012.

(7) Peraltro Napoleone insignì Corvetto anche del titolo di conte.

(8) 53 articoli su 140 (v. legge 1° giugno 1798, n. 111).

(9) Oggi la Liguria ha 2.600.000 abitanti ed ha, salvi tagli dell'ultima ora, 17 sedi del giudice di pace.

(10) Decreto di Napoleone del 15 Mietitore anno 13 (15 luglio 1805).

(11) Il cantone nella Repubblica ligure ricomprendeva più comuni ed ogni comune si identificava per la presenza di una parrocchia (v. L. 1° giugno 1798 n. 111). Con Napoleone ogni circondario di tribunale fu diviso in cantoni e nel capoluogo di ogni cantone doveva esserci appunto un giudice di pace.

(12) Domanda di essere liberata da un sequestro e la relativa opposizione.

(13) E poi dal 20 marzo al 22 giugno 1815.

(14) In campo economico possiamo ricordare che Napoleone ribadì la natura di porto franco in capo a Genova, tranne che per le merci provenienti dall'Inghilterra.

(15) Ad esempio vi si sottrassero gli appelli, ma anche le domande che riguardavano lo Stato il demanio, i Comuni, le tutele e le curatele.

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze e Ordinanze

TAR Liguria, sez. II, 2 febbraio 2012, n. 242 - Pres. Di Sciascio - Est. Ponte - Ass.ne Italiana W.W.F. (Avv. Granara) c. Regione Liguria (Avv.ti Crovetto e Castagnoli).

VALUTAZIONE DI IMPATTO AMBIENTALE - autorità competente all'adozione del provvedimento - competenza della Giunta regionale - esclusione - competenza del dirigente dell'ufficio - sussistenza - applicabilità dell'art. 21-octies L. 241/1990 - esclusione - annullamento della deliberazione di VIA.

Alla luce del principio generale di separazione della funzione politica da quella amministrativa, la Giunta regionale, in quanto organo politico, non è competente ad esprimere la valutazione di impatto ambientale, che è atto di natura tecnico-discrezionale dal quale sono estranee valutazioni di direzione o indirizzo politico, la cui competenza spetta esclusivamente al dirigente dell'ufficio. Va annullata la deliberazione di VIA viziata da incompetenza, in quanto non è applicabile l'art. 21-octies della L. 241/1990. (1)

(1) La Valutazione di Impatto Ambientale e la questione della separazione tra politica e amministrazione.

Sommario: 1. Premessa. 2. La discrezionalità in materia di VIA. 3. Il principio di separazione tra politica e amministrazione (breve cenni). 4. Conclusioni.

1. Premessa.

Il caso in esame trae origine da un progetto di apertura di una nuova attività estrattiva di calcare in loc. Giambriagne, in Comune di Bormida (SV), per il quale, in data 2 ottobre 2010, viene attivata la procedura di VIA. La sezione per la VIA del Comitato Tecnico Regionale per il Territorio, nella seduta del 5/5/2011, rende, a voti unanimi, parere positivo con prescrizioni (voto n. 176/256).

La Giunta Regionale, all'unanimità (due consiglieri assenti), fa proprio il voto del Comitato, con la deliberazione n. 534 del 20 maggio 2011 (BUR n. 24 del 15 giugno 2011).

L'Associazione Italiana WWF impugna la deliberazione, ritenendo tra l'altro che non sia competente la Giunta regionale, bensì l'organo tecnico (e dunque il dirigente dell'ufficio).

Il TAR, in data 2 febbraio 2012, accoglie il ricorso, facendo leva sulla distinzione tra politica e amministrazione, principio generale che consente di ritenere superata la normativa regionale.

Successivamente alla sentenza che si commenta, è stata adottata una nuova deliberazione di VIA dal Direttore Generale del Settore Valutazione Impatto Ambientale del Dipartimento Ambiente (n. 51 del 20 febbraio 2012, pubblicata su BUR n. 12 del 21 marzo 2012). Ciò in forza della deliberazione 10 febbraio 2012, n. 144 della Giunta regionale (BUR n. 10 del 7 marzo 2012), con la quale è stata modificata la D.G.R. n. 655/2006 e sono stati inseriti, tra gli atti di competenza dei Direttori Generali, gli atti di VIA e di sostenibilità ambientale regionali per gli interventi di cui agli allegati 1 e 2 della L. regionale n. 38/1998.

2. La discrezionalità in materia di VIA.

La Valutazione di Impatto Ambientale (VIA) è disciplinata dal D. Lgs. 152/2006; a questa normativa si affiancano quelle regionali, che sono tenute al rispetto dei principi dell'ordinamento interno e di quelli comunitari. Per quanto concerne la Regione Liguria, la L. Regionale 38/1998, all'art. 13, stabilisce (ma tale previsione è da ritenersi oggi superata) la competenza della Giunta regionale a deliberare, sentito il Comitato tecnico regionale per la VIA.

La sentenza in commento afferma che la VIA è caratterizzata da discrezionalità tecnica: a ciò viene ricondotta la competenza dirigenziale in luogo di quella dell'organo politico.

Inoltre, non si ritiene applicabile l'art. 21-octies della legge 241/1990: non è suscettibile di sanatoria e deve essere annullata una decisione di VIA viziata da incompetenza, in quanto atto discrezionale e non vincolato(1).

Che la decisione in tema di VIA sia provvedimento caratterizzato da discrezionalità amministrativa pura o da discrezionalità tecnica è punto controverso(2). In un caso, l'autorità amministrativa ha un certo margine di apprezzamento in ordine a taluni aspetti (*an, quid, quomodo, quando*) della decisione da assumere, potendo la stessa individuare il modo migliore per perseguire l'interesse pubblico; nell'altro, la pubblica amministrazione non ha un potere di scelta, bensì deve limitarsi a verificare che ricorrano i presupposti di legge per l'adozione di una determinazione già definita in via legislativa, facendo applicazione di regole tecniche e specialistiche(3). In altri termini, nella discrezionalità pura sussistono una parte di merito, in cui l'amministrazione effettua la scelta di opportunità e convenienza amministrativa (non sindacabile dal Giudice Amministrativo), ed una parte di legittimità, sindacabile per violazione delle regole di logicità e ragionevolezza e del criterio c. d. del minimo mezzo. Nella discrezionalità tecnica, invece, l'amministrazione non effettua alcuna comparazione tra diversi interessi, ma compie un giudizio alla stregua di canoni scientifici e tecnici; pertanto, il Giudice amministrativo può vagliare la correttezza del criterio tecnico applicato e del procedimento seguito (c.d. sindacato intrinseco).

Il Consiglio di Stato, con la sentenza 23/10/2001, n. 5590(4), ha ritenuto la Giunta della Regione Umbria non competente ad esprimere la decisione in materia di VIA, in quanto «il potere esercitato in sede di valutazione di impatto ambientale ha natura marcatamente tecnico-discrezionale... La valutazione di programmazione e di indirizzo non riguarda la valutazione che ... deve essere esercitata secondo criteri e modalità predeterminati da leggi, regolamenti ed atti generali, ovvero determinazioni regionali».

Secondo la sentenza del TAR Sardegna, Cagliari, 18/12/2008, n. 2183(5), «la valutazione di impatto ambientale costituisce un atto di natura tecnico discrezionale, nel quale non sono rinvenibili contenuti attinenti a valutazioni di direzione o di indirizzo politico». Essa rientra nella competenza del dirigente dell'ufficio (e non della Giunta regionale), sulla base dell'«ormai acquisito» principio generale incentrato sulla netta separazione tra la gestione più propriamente «politica» della cosa pubblica e quella «amministrativa».

Sulla medesima questione, l'ordinanza del TAR Sardegna, Cagliari, 12/10/2011, n. 968, ha affermato la natura tecnico discrezionale del giudizio di VIA ed ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione della legittimità dell'art. 48, c. 3 L. Regione Sardegna 9/2006 e dell'art. 8 della L. regionale 31/1998. Infatti, l'art. 48, c. 3 prevede la competenza della Giunta regionale ad esprimere il giudizio di compatibilità ambientale. Ciò in forza dell'art. 8 della L. regionale 31/1998, il quale, se da un lato, al comma terzo, attribuisce ai dirigenti la competenza all'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi e gestionali, in applicazione del principio di separazione della funzione politica da quella amministrativa, d'altro lato, al comma quarto, stabilisce espressamente che tale competenza può essere derogata soltanto a opera di specifiche disposizioni legislative. Secondo il TAR Sardegna, tuttavia, alla luce del principio di separazione tra politica e amministrazione, deve ritenersi sussistente la competenza dirigenziale ad esprimere il giudizio medesimo, in quanto atto gestionale.

3. Il principio di separazione tra politica e amministrazione (breve cenni).

Il principio di separazione tra politica e amministrazione, ossia tra funzioni di governo e funzioni di gestione, è nato alla fine del XIX secolo. Parte della dottrina ne ha spesso messo in luce il carattere vago ed indeterminato, "largamente impossibile e per più versi irrealista" (6). Il dirigente ha una posizione centrale nell'organizzazione amministrativa. Intesa la dirigenza come momento di collegamento tra politica e amministrazione (7), essa è anche il punto di emersione delle contraddizioni che connotano tale relazione, la quale è caratterizzata da una tensione di fondo fra due valori inevitabilmente configgenti: da una parte, il principio di sovranità popolare, che impone un controllo dell'amministrazione da parte di organi che siano provvisti di legittimazione democratica, e, dunque, espressione di rappresentanza politica; dall'altra parte, il principio di imparzialità, che invece postula un'amministrazione al servizio dell'intera collettività e non di una determinata maggioranza politica (8).

Le normative che si sono avvicendate nel corso di questi anni hanno disegnato un nuovo assetto dei rapporti tra organi politici e organi burocratici, a partire dalla legge delega 421/1992 (D. Lgs. 29/1993; D. Lgs. 80/1998; L. 127/1997; L. 191/1998; D. Lgs. 267/2000; D. Lgs. 165/2001; D. Lgs. 150/2009), con l'obiettivo di assicurare la neutralità e l'imparzialità dell'amministrazione, nell'ottica di una modifica, anche culturale, della dirigenza.

Il principio di separazione tra politica e amministrazione è oggi ritenuto fondamentale nel nostro ordinamento, «espressione diretta dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione sanciti dall'articolo 97 della Costituzione, nonché, d'altro lato, condizione essenziale e necessaria affinché siano, effettivamente ed in concreto, assicurati i predetti principi, come stabilito dal citato articolo della Costituzione» (9).

Con gli articoli 4, 14 e 16 del D. Lgs. 165/2001 il Legislatore ha cercato di individuare un limite tra l'attività di indirizzo degli organi di vertice ed i poteri della dirigenza. Riprendendo l'art. 45, c. 1 del D. Lgs. 80/1998, si può affermare sinteticamente che spettano ai dirigenti tutti gli atti di concreta amministrazione che, come tali, non hanno natura politica.

Inoltre, l'art. 27 del D. Lgs. 165/2001 impone il rispetto del principio di separazione tra politica e amministrazione per

quanto concerne le amministrazioni non statali (e, dunque, anche le regioni autonome).

Qualora poi la predetta separazione astratta dei compiti non sia sufficiente per comprendere quale soggetto abbia il potere di adottare un determinato atto, occorre vagliare analiticamente le norme di settore applicabili e la loro *ratio*. In giurisprudenza, ad esempio, si è affermato che spettano ai dirigenti le autorizzazioni e le concessioni edilizie (10); i provvedimenti di diniego di concessione edilizia in sanatoria (11), i poteri in materia di repressione di abusivismo edilizio e paesaggistico-ambientale (12).

4. Conclusioni.

Una definitiva e "pacifica" distinzione di ruoli tra politica e amministrazione è evidentemente ancora lontana, anche per via del fatto che spesso il legislatore "cade nella tentazione" di "propendere verso gli organi politici" (13). E' pertanto necessario rafforzare il ruolo spettante alla dirigenza pubblica, anche attraverso la puntuale applicazione delle norme generali, in primo luogo di quelle costituzionali (14).

Per contro, la Valutazione di Impatto Ambientale è strumento avente la finalità di realizzare lo sviluppo sostenibile e di evitare eventuali conseguenze dannose sull'ambiente derivanti dalla realizzazione di un'opera (15). Si condivide pertanto la decisione assunta dal TAR Liguria con la sentenza che si commenta, poiché si ritiene che nell'espressione del giudizio di VIA non debbano rilevare valutazioni politiche, che rischierebbero di vanificare l'impianto stesso dell'istituto.

Valentina Cavanna
Avvocato, Foro di Genova

Note:

(1) E' in corso un dibattito circa la riconducibilità delle norme sulla competenza tra le norme sul procedimento amministrativo o tra quelle sulla forma degli atti. Parte della dottrina e della giurisprudenza ritengono che il vizio di incompetenza vada ricondotto alla violazione di norme formali. Si veda sul punto R. Garofoli - G. Ferrari, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, 2011. Si veda anche F. Caringella, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, 2011.

(2) Sul punto, si veda TAR Puglia, Bari, n. 205 del 3/8/2011: «La giurisprudenza ha ripetutamente chiarito che, nel rendere il giudizio di valutazione di impatto ambientale..., l'Amministrazione esercita un'ampissima discrezionalità tecnica, censurabile solo in presenza di macroscopici vizi logici o di travisamento dei presupposti (cfr. Trib. Sup. acque pubbliche, 11 marzo 2009, n. 35; Cons. Stato, sez. VI, 19 febbraio 2008 n. 561; Id., sez. IV, 5 luglio 2010 n. 4246). Ed in ogni caso, la valutazione d'impatto ambientale non costituisce un mero giudizio tecnico, suscettibile in quanto tale di verifica sulla base di oggettivi criteri di misurazione, ma presenta al contempo profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa, sul piano dell'apprezzamento degli interessi pubblici in rilievo e della loro ponderazione rispetto all'interesse all'esecuzione dell'opera... (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 giugno 2009 n. 4206; Id., sez. V, 21 novembre 2007 n. 5910; Id., sez. VI, 17 maggio 2006 n. 2851; Id., sez. IV, 22 luglio 2005 n. 3917; cfr. da ultimo TAR Puglia, Bari, sez. I, 14 maggio 2010 n. 1897)». Nello stesso senso: TAR Puglia, Bari, n. 1897 del 14/5/2010; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, n. 1058 del 25/7/2011. Nella sentenza TAR Toscana, n. 986 del 20/4/2010 si legge: «sfugge ... al sindacato giurisdizionale la scelta discrezionale della P.A. di non sottoporre beni di primario rango costituzionale, qual è quello dell'integrità ambientale, ad ulteriori fattori di rischio ... (così C.d.S., Sez. VI, 4 aprile 2005, n. 1462, in relazione ad un caso di inquinamento di una falda acquifera...)». Secondo Consiglio di Stato,

4246/2010 del 5/7/2010: «E' stato chiarito che nel rendere il giudizio di valutazione di impatto ambientale ..., l'amministrazione esercita una amplissima discrezionalità tecnica sebbene censurabile sia per macroscopici vizi logici, sia per errore di fatto, sia per travisamento dei presupposti (cfr. Trib. Sup. acque pubbliche, 11 marzo 2009, n. 35; Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2008, n. 561; sez. VI, 30 gennaio 2004, n. 316); ... la v.i.a. non può essere intesa come limitata alla verifica della astratta compatibilità ambientale dell'opera ma si sostanzia in una analisi comparata tesa a valutare il sacrificio ambientale imposto rispetto all'utilità socio economica, tenuto conto delle alternative praticabili e dei riflessi della stessa "opzione zero"; la natura schiettamente discrezionale della decisione finale (e della preliminare verifica di assoggettabilità), sul versante tecnico ed anche amministrativo, rende allora fisiologico ed obbediente alla ratio su evidenziata che si pervenga ad una soluzione negativa ove l'intervento proposto cagioni un sacrificio ambientale superiore a quello necessario per il soddisfacimento dell'interesse diverso sotteso all'iniziativa ...».

(3) Sul punto, R. Garofoli - G. Ferrari, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, 2011.

(4) In www.giustizia-amministrativa.it.

(5) In www.giustizia-amministrativa.it.

(6) Così B. Dente, *In un diverso Stato*, Bologna, 1995. Secondo E. Presutti, *Lo Stato parlamentare ed i suoi impiegati amministrativi*, Napoli, 1899, «nessuno riesce a dire con precisione dove in realtà finisca la politica e dove cominci l'amministrazione, né come si deve "separare questa indeterminata politica dall'ugualmente indeterminata amministrazione».

(7) Cfr. Patroni Griffi, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica*, Napoli, 2002.

(8) Uno degli aspetti problematici della questione è se debba sussistere un vincolo fiduciario tra il rappresentante politico e il dirigente pubblico. Sul punto e per un'ampia bibliografia in tema di dirigenza pubblica si veda G. Amoroso - V. Di Cerbo - L. Fiorillo - A. Maresca, *Diritto del lavoro, vol. III, Il lavoro pubblico*, Milano, 2011.

(9) Così TAR Sardegna, sez. II, n. 968/2011 cit., in www.giustizia-amministrativa.it. Sull'argomento si vedano anche: Corte Cost., sentenze numeri 103/2007, 104/2007, nonché n. 304/2010; Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 5312 del 5/10/2005; Corte Cost. n. 161/2008, richiamata da Corte Cost. n. 124/2011, in www.giurcost.org. Con la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 5833 del 15 novembre 2001 (in *Urb. e Appalti*, 7/2002 commentata da F. Romano), si è affermato il suddetto principio con riferimento alle autonomie locali. F. Romano definisce (riprendendo Silvestro C., *La dirigenza degli enti locali*, in Caringella, F., Giuncato, A., Romano, F., *L'ordinamento degli enti locali del Testo unico*, Milano, 2001, 547) una "sottile linea rossa" la distinzione tra politica e amministrazione, «che tende a spostarsi in una o nell'altra direzione secondo la forza che assume la classe politica o la dirigenza amministrativa nelle mutevoli circostanze storiche».

(10) TAR Toscana, Firenze, sez. II, n. 276 del 5/3/2007.

(11) TAR Veneto, Venezia, Sez. II, n. 1927 del 28/6/2006.

(12) TAR Campania, Napoli, Sez. III, n. 609 del 13/1/2006.

(13) Un aspetto in cui ciò è emerso drasticamente negli ultimi anni è il caso della L. 145/2002 che, tra l'altro, ha destato numerose critiche anche per la previsione dello *spoils system*. Sul punto si consenta di rinviare a: V. Cavanna, *sullo Spoils system in tema di dirigenza pubblica (note a margine della sentenza del T.A.R. Lazio - Sezione II - n. 9487 del 1° Ottobre 2009)*, in http://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina_2009/spoils_%20system_cavanna.htm. S. Battini, commentando la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/2006 (che ha affermato la legittimità dello *spoils system* per la dirigenza apicale), ha parlato di "morte del principio di distinzione fra politica e amministrazione", una morte "annunciata" dalle diverse riforme poste in essere negli anni precedenti nonché temuta da autori come S. Cassese, in quanto la fiducia tra l'organo politico e il dirigente sarebbe incompatibile con la distinzione tra politica e amministra-

zione. Si veda S. Battini, *In morte del principio di distinzione a politica e amministrazione: la Corte preferisce lo spoils system*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 8/2006. Secondo A. Massera vi deve essere una "giusta misura" della fiduciarità: si veda A. Massera, *Il difficile rapporto tra politica e amministrazione: la Corte costituzionale alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 12/2007.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 103/2007, è poi intervenuta sull'art. 3 della L. 145/2002 ed ha "riscattato la dirigenza pubblica da un ruolo troppo subalterno... Il principio della primazia della politica non è stato messo in discussione...": così R. Garofoli - G. Ferrari, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, 2012. Si è però voluto evitare che l'amministrazione si trasformasse in "un'amministrazione di partiti": così M. Clarich, *Una rivincita della dirigenza pubblica nei confronti dello strapotere della politica a garanzia dell'imparzialità della pubblica amministrazione*, in www.neldiritto.it. (14) Il D. Lgs. 150/2009 ha l'obiettivo di rafforzare l'autonomia, i poteri e la responsabilità della dirigenza (art. 1, c. 2). Sul punto, si veda G. De Caridi, *Spoils system e conferimento degli incarichi*, in www.ratioiuris.it. Si veda anche F. Resta, *La dirigenza pubblica nella riforma Brunetta*, in www.crusoe.it. Parte della dottrina solleva dubbi circa la tenuta del principio di distinzione tra politica e amministrazione in seguito alla "riforma Brunetta" del Pubblico Impiego: si veda, ad esempio, il contributo di F. G. Grandis, *Luci ed ombre nella misurazione, valutazione e trasparenza della performance*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1/2010. Sul punto si veda anche S. Battini, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la "riforma Brunetta": verso un equilibrio fra distinzione e fiducia?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1/2010.

(15) Cfr. in particolare l'art. 4 del D. Lgs. 152/2006 e il quattordicesimo considerando della Direttiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011. Sul punto si consenta di rinviare a: V. Cavanna, *Note sulla Valutazione di Impatto Ambientale e lo sviluppo sostenibile*, in <http://www.ambientediritto.it/home/dottrina/note-sulla-valutazione-di-impatto-ambientale-e-lo-sviluppo-sostenibile>.

Corte Costituzionale, 6 giugno 2012, n. 144 - Pres. Quaranta - Rel. Carosi - Regione Liguria (Avv. Falcon) c. Pres. Cons. Ministri (Avvocatura dello Stato).

BILANCIO e contabilità pubblica - Enti autonomi - vincoli alle politiche di bilancio da parte della legge statale - disciplina di principio e di modalità di coordinamento finanziario - limitazioni anche indirette all'autonomia di spesa - ammissibilità.

(Cost. art. 119, Corte cost. sentt. n. 417 del 2005, n. 36 del 2004 e n. 376 del 2003)

BILANCIO e contabilità pubblica - limiti all'utilizzo e disciplina delle autovetture di servizio con d.P.C.m. - violazione dei principi di ragionevolezza e di buon andamento della P.A. nonché della potestà amministrativa regionale - violazione della competenza legislativa residuale in materia di organizzazione regionale ed introduzione di una disciplina di dettaglio statale in materia di coordinamento della finanza pubblica - violazione della potestà regolamentare regionale - violazione in subordine, del principio di leale collaborazione per mancato coinvolgimento delle Regioni - assenza di effetto precettivo delle norme impugnate nei confronti delle Regioni e degli enti locali - infondatezza della questione di costituzionalità.

(Artt. 3, 97, 117, terzo, quarto e sesto comma, e 118 Cost.; d.l. 6 luglio 2011, n. 98, art. 2, commi 1, 3 e 4).

RAPPORTI STATO-REGIONI - competenza legislativa esclusiva dello Stato - atti regolamentari precettivi anche nei confronti delle autonomie territoriali - ammissibilità.

(Artt. 97, 117, secondo e quinto comma; Corte cost. sent. n. 200 del 2009).

Il legislatore statale può legittimamente imporre agli enti autonomi vincoli alle politiche di bilancio con disciplina di principio e modalità di coordinamento finanziario, ancorché si traducano in limitazioni indirette all'autonomia di spesa degli enti stessi. (1)

Non è fondata per assenza di effetto precettivo delle norme impugnate nei confronti delle Regioni e degli Enti locali la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, commi 1, 3 e 4, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, in legge 15 luglio 2011, n. 111, in riferimento agli articoli 3, 97, 117, terzo, quarto e sesto comma, e 118 della Costituzione, nonché al principio di leale collaborazione. (2)

La sussistenza di un ambito materiale di competenza esclusiva consente allo Stato l'emanazione di atti regolamentari precettivi anche nei confronti delle autonomie territoriali. (3)

(...Omissis...)

Considerato in diritto

2. — Riservate a separate pronunce le decisioni sull'impugnazione delle altre norme contenute nel decreto-legge n. 98 del 2011, convertito, con modificazioni, in legge 15 luglio 2011, n. 111, vengono in esame in questa sede le questioni di costituzionalità relative all'art. 2, commi 1, 3 e 4. Esse non sono fondate.

Secondo la giurisprudenza di questa Corte (*ex plurimis* sentenze n. 417 del 2005, n. 36 del 2004 e n. 376 del 2003), il legislatore statale può legittimamente imporre agli enti autonomi vincoli alle politiche di bilancio (ancorché si traducano in limitazioni indirette all'autonomia di spesa degli enti stessi), ma solo con disciplina di principio e modalità di coordinamento finanziario. Dalla collocazione delle disposizioni e dal significato lessicale dei termini utilizzati nei commi impugnati si ricava in modo univoco che i relativi precetti sono rivolti esclusivamente allo Stato e agli enti nazionali.

Non presentando alcun riferimento alle autonomie territoriali, le norme impugnate intervengono su una singola voce di spesa con un precetto rigido e puntuale, inibitore di qualsiasi margine di discrezionalità per i destinatari. L'art. 2, comma 1, stabilisce un limite di cilindrata delle auto di servizio, integrato dal successivo comma 2 con alcune deroghe calibrate su organi e soggetti, non aventi alcuna attinenza con le autonomie territoriali. Il comma 3 stabilisce altresì regole di dismissione e rottamazione delle auto preesistenti all'emanazione della norma, senza alcun riferimento alle autonomie stesse. L'ambito applicativo dell'art. 2, commi 1 e 3, del decreto-legge n. 98 del 2011 non può dunque essere esteso all'assetto dei rapporti tra Stato e Regioni, come delineato nell'art. 117 Cost., poiché dette norme non rivestono natura di principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica.

Conseguentemente, una esegesi letterale e sistematica dell'art. 2, comma 4, non consente di ricavarne l'attribuzione al Presidente del Consiglio di un potere regolamentare nei confronti delle autonomie territoriali, perché non sussiste, nel caso in esame, una potestà legislativa esclusiva dello Stato, presupposto indefettibile per l'esercizio di detto potere (art. 117, sesto comma, Cost.).

È bene ricordare in proposito il costante orientamento di questa Corte, secondo cui solo la sussistenza di un ambito materiale di competenza esclusiva consente allo Stato l'emanazione di atti regolamentari precettivi anche nei confronti delle autonomie territoriali (sentenza n. 200 del 2009).

La corretta lettura della norma nei termini esposti aveva ispirato le modalità di redazione dell'originario regolamento attuativo del comma 4, poi disattese dal d.P.C.m. del 12 gennaio 2012, il quale non è tuttavia in grado di orientare la qualificazione e la interpretazione delle norme impugnate, nonché la loro cogenza nei confronti delle Regioni e degli enti locali, in modo non conforme al dettato dell'art. 117 Cost.

Le norme impugnate non hanno dunque alcun effetto precettivo nei confronti delle Regioni e degli enti locali e, per questo motivo, il ricorso della Regione Liguria deve essere respinto.

P.Q.M.

la Corte costituzionale

riservate a separate pronunce le altre questioni di legittimità costituzionale sollevate con il ricorso indicato in epigrafe; dichiara non fondata nei sensi di cui in motivazione la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Regione Liguria nei confronti dell'articolo 2, commi 1, 3 e 4, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, in legge 15 luglio 2011, n. 111, in riferimento agli articoli 3, 97, 117, terzo, quarto e sesto comma, e 118 della Costituzione, nonché al principio di leale collaborazione.

(...Omissis...)

(1-3) I “tagli” alle auto di servizio non hanno effetto precettivo nei confronti di Regioni ed enti locali (sent. Corte cost. n. 144/12). Un'occasione per far “buon uso” dell'autonomia regionale e locale.

Sommario: 1. *Le disposizioni impugnate, la questione della loro applicabilità alle Regioni ed agli enti locali e le censure di legittimità costituzionale sollevate dalla Regione Liguria.* - 2. *L'attuazione dell'art. 2, comma 4, del d.l. n. 98/12 (d.P.C.m. 3 agosto 2011, ordinanza T.A.R. Lazio 9 novembre 2011 e d.P.C.m. 12 gennaio 2012) e la rivalutazione da parte dell'Avvocatura dello Stato delle questioni sollevate dalla Regione Liguria.* - 3. *La pronuncia della Corte, l'assenza di effetto precettivo delle norme impugnate nei confronti delle Regioni e degli enti locali e le implicazioni della sentenza.* - 4. *La sentenza Corte cost. n. 144/12 nel contesto della giurisprudenza costituzionale in materia di coordinamento della finanza pubblica: un'occasione per Regioni ed enti locali per far “buon uso” della propria autonomia.*

1. Le disposizioni impugnate, la questione della loro applicabilità alle Regioni ed agli enti locali e le censure di legittimità costituzionale sollevate dalla Regione Liguria.

La prima delle due manovre approvate nell'estate del 2011 (d.l. 6 luglio 2011, n. 98, recante *Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*, conv., con mod., dalla l. 15 luglio 2011, n. 111) contiene un articolo (art. 2) finalizzato a conseguire la razionalizzazione ed il contenimento dei costi nell'utilizzo delle autovetture di servizio da parte delle pubbliche amministrazioni. In particolare l'articolo dispone che la cilindrata delle auto di servizio non può superare i 1600 cc (comma 1), ad ec-

cezione delle auto in dotazione al Capo dello Stato, ai Presidenti del Senato e della Camera, al Presidente del Consiglio dei ministri ed al Presidente della Corte costituzionale nonché le auto blindate adibite ai servizi istituzionali di pubblica sicurezza (comma 2); che le auto oggi in servizio possono essere utilizzate solo fino alla loro dismissione o rottamazione e non possono essere sostituite (comma 3); infine che con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, sono disposti modalità e limiti di utilizzo delle autovetture di servizio al fine di ridurne numero e costo (comma 4).

I commi 1, 3 e 4 dell'art. 2 sono stati impugnati di fronte alla Corte costituzionale dalla Regione Liguria per violazione degli artt. 3, 97, 117, terzo, quarto e sesto comma, e 118 Cost., nonché del principio di leale collaborazione. Con la sentenza in commento la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale in ragione dell'assenza di alcun effetto precettivo delle norme impuginate nei confronti delle Regioni e degli enti locali.

La stessa Regione Liguria nel ricorso aveva prospettato come in astratto possibili due interpretazioni delle disposizioni di cui all'art. 2: da un lato, «il contesto nel quale l'articolo è inserito e la mancanza di una norma che ne disciplini estensione e limiti di un effetto di vincolo a carico della Regione», condurrebbero infatti a ritenere tali norme applicabili solamente allo Stato; dall'altro lato, il fatto però che il comma 2 non comprenda le Regioni tra gli organi ai quali tali norme non si applicano, sembrerebbe al contrario far ritenere le stesse applicabili alle Regioni, ove si tenga conto del fatto che «l'eccezione alla regola generale si presta ad una interpretazione restrittiva» (1).

Di fronte alla non implausibilità di quest'ultima opzione ermeneutica, la Regione Liguria aveva dunque sollevato questione di legittimità costituzionale reputando tali norme (ove interpretate come applicabili alle Regioni) in contrasto con alcuni parametri costituzionali.

Innanzitutto i commi 1 e 3 venivano impugnati per violazione del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. e del principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost. Sebbene infatti la rubrica dell'art. 2 utilizzi l'indefinita espressione «auto blu», la disciplina in esso contenuta si applica più estensivamente a tutte le auto di servizio della pubblica amministrazione. Ebbene, sottolineava la Regione Liguria nel ricorso, poiché lo svolgimento di alcuni compiti pubblici (come ad esempio nei settori della protezione civile, della guardia forestale, della polizia amministrativa) può richiedere mezzi di potenza superiore ai 1600 cc, una limitazione generalizzata della cilindrata come quella di cui al comma 1 impedirebbe di tenere conto della diversità delle situazioni operative, ponendosi in contrasto con i due principi costituzionali sopra richiamati. Non solo: il divieto di sostituire le auto oggi in servizio di cui al comma 3, parrebbe porsi in contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione in quanto, rilevava ancora la Regione Liguria nel ricorso, alla lunga diverrebbe impossibile svolgere qualunque servizio, a prescindere dalla sua necessità.

I commi 1 e 3 venivano altresì impugnati per violazione dell'art. 117, quarto e terzo comma, in quanto incidenti nella materia residuale della organizzazione regionale ed in quanto, ponendo limiti puntuali ad una singola e minuta voce di spesa senza lasciare alle Regioni alcuno spazio di adeguamento, eccedenti il carattere di meri principi fondamentali nella materia concorrente del coordinamento della finanza pubblica (2).

Il comma 4, attribuendo al Presidente del Consiglio il com-

pito di adottare un atto di natura sostanzialmente regolamentare in una materia di competenza regionale, veniva infine impugnato per violazione dell'art. 117, sesto comma: anche ove si ammettesse la finalità di coordinamento della finanza pubblica della disciplina, concludeva la Regione ricorrente, essa non potrebbe perseguirsi attraverso regolamenti vincolanti l'autonomia regionale. In subordine, tale comma era impugnato dalla Regione Liguria per violazione del principio di leale collaborazione, non prevedendosi alcun coinvolgimento delle Regioni nell'adozione del d.P.C.m.

2. L'attuazione dell'art. 2, comma 4, del d.l. n. 98/11 (d.P.C.m. 3 agosto 2011, ordinanza T.A.R. Lazio 9 novembre 2011 e d.P.C.m. 12 gennaio 2012) e la rivalutazione da parte dell'Avvocatura dello Stato delle questioni sollevate dalla Regione Liguria.

La duplice interpretazione che in astratto poteva ricevere l'art. 2 del d.l. n. 98/11 (se cioè ritenerlo applicabile oppure no alle Regioni ed agli enti locali) si è riflessa in sede di attuazione dell'articolo stesso.

Nell'agosto 2011 il Presidente del Consiglio aveva adottato infatti un d.P.C.m. (3), al fine di conseguire obiettivi di razionalizzazione e trasparenza nell'utilizzo delle autovetture, di contenimento dei costi e di miglioramento complessivo del servizio in attuazione dell'art. 2, comma 4, del d.l. n. 92/11. Le disposizioni di tale decreto si applicavano alle pubbliche amministrazioni inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, incluse le Autorità indipendenti (art. 1, comma 2). Ai fini che qui specificamente interessano, il d.P.C.m. escludeva espressamente, salvo quanto previsto dall'art. 5 (4) sul censimento permanente delle autovetture di servizio (5), le Regioni e gli enti locali dall'applicazione delle sue disposizioni (6).

Parallelamente il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato dall'Avvocatura generale dello Stato, si era costituito con atto depositato in data 24 ottobre 2011 nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 2 del d.l. n. 98/11 di fronte alla Corte costituzionale, sostenendo l'infondatezza della questione sollevata dalla Regione Liguria, sul presupposto che le disposizioni contenute in tale articolo non si applichino alle Regioni, per le ragioni esposte dalla stessa ricorrente (7).

A seguito di un ricorso promosso dal Codacons e dall'Associazione utenti del Trasporto marittimo ferroviario ed aereo avverso il d.P.C.m. 3 agosto 2011, il T.A.R. Lazio - sezione I, aveva però successivamente rilevato come l'esclusione delle Regioni e degli enti locali dall'applicazione del decreto non trovasse fondamento nella norma primaria in pretesa attuazione della quale il decreto era stato emanato (cioè: l'art. 2 del d.l. n. 98/11) e non rilevasse profili di ragionevolezza e logicità con immediatezza apprezzabili, atteso il considerevole onere riveniente per le finanze pubbliche dall'utilizzo di mezzi di servizio proprio con riferimento alle Regioni e gli enti locali. Il T.A.R. aveva quindi invitato la Presidenza del Consiglio ad un riesame del decreto stesso (8).

A seguito dell'ordinanza del T.A.R. (nonché del cambio di Governo nel novembre 2011) il Presidente del Consiglio ha deciso nel gennaio 2012 di adottare in via di autotutela un nuovo d.P.C.m. (9) modificativo del primo, disponendo che «le Regioni e gli enti locali, negli ambiti di rispettiva competenza, adeguano i propri ordinamenti a quanto previsto» nel d.P.C.m. 3 agosto 2011. La Presidenza del Consiglio ha quindi modificato l'interpretazione dell'art. 2 del d.l. n. 98/11 precedente-

mente seguita, dandone questa volta attuazione attraverso un d.P.C.m. che ha esteso alle Regioni ed agli enti locali la portata applicativa del primo d.P.C.m. Sebbene attraverso una disposizione alla quale, per come formulata («le Regioni e gli enti locali adeguano i propri ordinamenti a quanto previsto nel presente decreto»), potrebbe invero riconoscersi portata non autoapplicativa nei confronti delle Regioni e degli enti locali.

Nell'ambito del giudizio di legittimità dell'art. 2 del d.l. n. 98/12 di fronte alla Corte costituzionale, l'Avvocatura generale dello Stato ha presentato a questo punto una memoria in data 27 marzo 2012, rivalutando la questione di legittimità costituzionale di tale articolo alla luce delle modifiche introdotte con il d.P.C.m. 12 gennaio 2012. Secondo la nuova interpretazione prospettata dalla Presidenza del Consiglio alla luce dell'ordinanza del T.A.R., l'Avvocatura ha ritenuto in tale memoria di ritenere questa volta le disposizioni di cui all'art. 2 del d.l. n. 98/12 come applicabili alle Regioni, dovendosi interpretare restrittivamente le eccezioni, ivi contenute, all'applicabilità delle limitazioni alle autovetture di servizio, come del resto anche in questo caso prospettato dalla medesima Regione ricorrente (10). A questo punto l'Avvocatura ha però dovuto sostenere una serie di argomenti volti ad escludere che la disposizione, così come ora interpretata, fosse lesiva delle norme costituzionali invocate nel ricorso della Regione Liguria (11).

In ogni caso non sembra tuttavia che la decisione di estendere alle Regioni ed agli enti locali con il d.P.C.m. 12 gennaio 2012 la disciplina di cui al precedente d.P.C.m. costituisse per la Presidenza del Consiglio una scelta obbligata: a leggere attentamente l'ordinanza del T.A.R. si evince infatti come la Presidenza del Consiglio fosse stata chiamata dal T.A.R. ad un riesame del decreto, «nell'ambito e con riferimento al quale [avrebbe dovuto] congruamente esplicitare le ragioni a fondamento dell'esclusione di taluni soggetti dall'ambito applicativo del decreto». Nulla più.

La Presidenza del Consiglio avrebbe quindi potuto continuare ad interpretare l'art. 2 come disposizione non applicabile a Regioni ed enti locali. Al fine di ottemperare all'ordinanza del T.A.R., avrebbe potuto procedere al riesame del decreto, limitandosi a motivare l'esclusione delle Regioni e degli enti locali dall'ambito del d.P.C.m. in ragione dei vincoli costituzionali ex art. 117, sesto comma, Cost. che impediscono ad un atto amministrativo di natura sostanzialmente regolamentare (quale il d.P.C.m. cui rinvia l'art. 2, comma 4, del d.l. n. 98/11) di intervenire in una materia di competenza regionale concorrente quale il coordinamento della finanza pubblica (12). In tal modo la Presidenza del Consiglio avrebbe dunque ottemperato all'ordinanza del T.A.R. senza esporre il nuovo d.P.C.m. alle censure di legittimità alle quali appare invece oggi esposto a seguito della sentenza in commento, con la quale, come si andrà appresso ad approfondire, la Corte costituzionale ha invece ritenuto di interpretare l'art. 2 del d.l. n. 98/12 come non applicabile a Regioni ed enti locali, privando dunque *in parte qua* di base legale il d.P.C.m. 12 gennaio 2012.

3. La pronuncia della Corte, l'assenza di effetto precettivo delle norme impugnate nei confronti delle Regioni e degli enti locali e le implicazioni della sentenza.

Come si è accennato, la Corte costituzionale ha riconosciuto nella sentenza in commento come le norme impugnate non abbiano alcun effetto precettivo nei confronti delle Regioni e degli enti locali, dichiarando per questi motivi non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Regione Liguria (13). La Corte ha dunque accolto l'opzione interpretativa prospettata come plausibile dalla stessa Regione ricor-

rente (la quale tuttavia, come si è detto, non ritenendola certa, aveva prospettato nel ricorso anche la seconda opzione ermeneutica, sollevando con riferimento a quest'ultima la questione di legittimità costituzionale per i motivi sopra richiamati (14)); opzione peraltro prospettata, come si è visto, in prima battuta dall'Avvocatura dello Stato al momento della costituzione in giudizio nella memoria del 24 ottobre 2011 (15).

Nella (peraltro assai sintetica) motivazione della sentenza, la Corte fa poggiare la propria interpretazione delle disposizioni impugnate come prive di effetto precettivo nei confronti delle Regioni e degli enti locali in primo luogo sul loro dato letterale. «Dalla collocazione delle disposizioni e dal significato lessicale dei termini utilizzati nei commi impugnati», scrive la Corte nella sent. n. 144/12, «si ricava in modo univoco che i relativi precetti sono rivolti esclusivamente allo Stato e agli enti locali». Immediatamente la Corte passa ad escludere la possibilità di un'interpretazione estensiva delle disposizioni di cui all'art. 2, commi 1 e 3, che conduca a renderle applicabili alle Regioni ed agli enti locali. Non solo perché tali commi «non presentano alcun riferimento alle autonomie territoriali» (16), quanto perché ad un'estensione a queste ultime della portata applicativa delle disposizioni impugnate osta il loro contenuto: il legislatore statale può difatti imporre agli enti autonomi vincoli alle politiche di bilancio solo con disciplina di principio e modalità di coordinamento finanziario (17) mentre le disposizioni di cui all'art. 2, commi 1 e 3, scrive la Corte, «intervengono su una singola voce di spesa con un precetto rigido e puntuale, inibitore di qualsiasi margine di discrezionalità per i destinatari». Quanto infine all'art. 2, comma 4, alla luce di quanto detto, la Corte ritiene che in assenza di una potestà legislativa statale con riguardo alla fattispecie concreta, non possa neppure riconoscersi con riferimento ad essa, in ragione dell'art. 117, sesto comma, Cost., alcun potere regolamentare del Presidente del Consiglio nei confronti delle autonomie territoriali. Come si è prima accennato, l'estensione della disciplina alle Regioni ed agli enti locali ad opera del d.P.C.m. 12 gennaio 2012 pare dunque porsi a questo punto come priva di alcuna base legale. Esulava ovviamente dalla competenza della Corte pronunciarsi nella sentenza in commento sulla legittimità di tale decreto, tuttavia appare significativo come la Corte sottolinei che «la corretta lettura delle norma nei termini esposti aveva ispirato le modalità di redazione dell'originario regolamento attuativo del comma 4, poi disattese dal d.P.C.m. del 12 gennaio 2012, il quale non è tuttavia in grado di orientare la qualificazione e la interpretazione delle norme impugnate, nonché la loro coerenza nei confronti delle Regioni e degli enti locali, in modo non conforme al dettato dell'art. 117 Cost.».

4. La sentenza n. 144/12 nel contesto della giurisprudenza costituzionale in materia di coordinamento della finanza pubblica: un'occasione per Regioni ed enti locali per far «buon uso» della propria autonomia

Le conclusioni cui la Corte giunge nella sentenza paiono condivisibili. D'altronde esse discendono dall'inequivocabile dato letterale delle disposizioni di legge, prive di alcun riferimento alle autonomie territoriali.

La decisione della Corte sembra anche coerente con la giurisprudenza costituzionale in materia di coordinamento della finanza pubblica di cui all'art. 117, terzo comma, Cost. nonché in materia di riparto di competenze regolamentari tra Stato e Regioni di cui all'art. 117, sesto comma Cost. (18).

Per quanto riguarda in particolare l'art. 2, commi 1 e 3, del d.l. n. 98/11, si segnala peraltro che la Corte costituzionale, chiamata nel 2009 a sindacare una disposizione analoga (in

quel caso qualificata però dal legislatore come principio di coordinamento della finanza pubblica e dunque in quanto tale applicabile alle Regioni) che imponeva il divieto per la cilindrata media delle autovetture di servizio assegnate alle pubbliche amministrazioni di superare i 1600 cc (19), ne dichiarò l'illegittimità costituzionale. Ciò proprio sul presupposto che «dette disposizioni non si prestano in alcun modo, per il loro livello di estremo dettaglio, ad individuare, neppure in via di astrazione, un principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica quale limite complessivo, anche se non generale, della spesa pubblica»: si trattava piuttosto di disposizioni «idonee solo a incidere sulle indicate singole voci di spesa, in quanto introducono vincoli puntuali e specifiche modalità di contenimento della spesa medesima» (20).

Va tuttavia ribadito il fatto che nel caso qui in esame le disposizioni impugnate, alla luce della loro collocazione e del significato lessicale dei termini in esse utilizzati, non presentassero alcun riferimento alle autonomie territoriali. Se si esclude però la sentenza in commento (avente ad oggetto una norma di legge nella quale l'intenzione del legislatore era univoca nel senso di disporre "tagli" alle sole amministrazioni statali), la giurisprudenza costituzionale in materia di coordinamento della finanza pubblica pare attualmente sottoposta a forti tensioni, specie a fronte di una legislazione statale che, per finalità di contenimento dei costi, pare porsi come sempre più "invasiva" dell'autonomia regionale, fino ad avere recentemente inciso sulla disciplina istituzionale degli organi di governo delle autonomie territoriali (21).

Da un lato, si registrano infatti profili di discontinuità nell'applicazione concreta da parte della Corte costituzionale delle coordinate sopra ricordate della propria giurisprudenza in materia (22), avendo riconosciuto la Corte in alcune sentenze la legittimità di vincoli introdotti dalla legislazione statale più stringenti rispetto al passato (23); dall'altro, la Corte è sembrata però prefigurare le condizioni per lo svolgimento di una trattativa politica tra Stato e Regioni sulle misure di adottare per la riduzione e il contenimento della spesa pubblica, qualificando ad esempio, con riferimento ad una specifica fattispecie legislativa al suo esame, i principi di coordinamento della finanza pubblica come «principi fondamentali solo in senso formale», cioè come meri «"indicatori" che si presentano non vincolanti, né dettagliati, né auto applicativi e che tendono a dare un orientamento di massima alle modalità con le quali [il legislatore regionale] deve» procedere (24).

In un siffatto quadro normativo e giurisprudenziale in fase di assestamento, paiono comunque estremamente significativi due fattori, l'uno sotto il profilo del metodo, l'altro del merito. Il primo fattore è costituito dall'istituzione nel settembre 2011 ad opera della Conferenza unificata di una *Commissione speciale paritetica mista Governo, Regioni, Enti locali per il rinnovamento delle istituzioni della Repubblica e per il sostegno allo sviluppo ed alla crescita economica* presso la Presidenza del Consiglio dei ministri al fine (oltre che di elaborare una proposta di riordino istituzionale che prenda in considerazione la legislazione vigente e i provvedimenti in itinere di rango costituzionale ed ordinario che impattano sull'assetto ordinamentale di Regioni, Province e Comuni, sull'assetto istituzionale ed amministrativo) di compiere un'analisi dei costi di tutte le istituzioni, organi, apparati della Repubblica per perseguire l'obiettivo di riduzione della spesa pubblica (25). Il secondo fattore è che sembra comunque emergere dalle singole esperienze regionali un segnale di *self restraint* in ordine alla rideterminazione di alcune voci di spesa, specie quelle connesse ai contributi ed ai vitalizi dei consiglieri regionali (26).

In questo quadro, il riconoscimento operato dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento circa il mancato effetto precettivo delle disposizioni di cui all'art. 2 del d.l. n. 98/12 può dunque costituire l'occasione per le Regioni e gli enti locali per fare "buon uso" della propria autonomia e procedere comunque alla razionalizzazione ed al contenimento dei costi nell'utilizzo delle autovetture di servizio (27).

Dott. Enrico Albanesi
Ricercatore di Diritto Costituzionale
Università di Genova

Note:

(1) Cfr. reg. ric. n. 99 del 2011 parte 1 in *G.U.* 2 novembre 2011, n. 46.

(2) Sul complessivo assetto normativo della finanza ligure, cfr. S. Scagliarini, in P. Costanzo, *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Liguria*, Torino, Giappichelli, 2011, 287 e ss.

(3) Cfr. d.P.C.m. 3 agosto 2011, *Utilizzo delle autovetture di servizio e di rappresentanza da parte delle pubbliche amministrazioni* in *G.U.* 14 settembre 2011, n. 214.

(4) L'art. 5 dispone che al fine di realizzare un censimento permanente delle autovetture di servizio, le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, incluse le Regioni e gli enti locali, comunicano, entro novanta giorni dalla pubblicazione del d.P.C.m. sulla *Gazzetta Ufficiale*, in via telematica alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica, sulla base del questionario da questo predisposto, l'elenco delle autovetture di servizio a qualunque titolo possedute o utilizzate, anche se fornite da altre amministrazioni pubbliche, distinte per cilindrata ed anno di immatricolazione, specificandone le modalità di utilizzo. A differenza dei precedenti monitoraggi compiuti dal Dipartimento della funzione pubblica nel 2010 e nel 2011 (sui quali cfr. <http://www.funzionepubblica.gov.it>), il censimento permanente di cui all'art. 5 del d.P.C.m. 3 agosto 2011 ha carattere obbligatorio: ai sensi del comma 2, la mancata comunicazione dei dati è peraltro valutabile ai fini della responsabilità disciplinare del dirigente responsabile.

(5) I dati per ciascun ente emersi dal censimento sono reperibili sul sito <http://www.censimentoautopa.gov.it/public.aspx>. Per i dati numerici aggregati aggiornati mensilmente si vedano i comunicati del Dipartimento della funzione pubblica sul sito <http://www.funzionepubblica.gov.it>. Concluso il censimento, il Dipartimento della funzione pubblica ha ora avviato un monitoraggio permanente con lo scopo di verificare in particolare i risparmi di spesa conseguenti dall'applicazione dell'art. 14, comma 6, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. con mod. in l. 30 luglio 2010, n. 122 (ai sensi del quale «a decorrere dall'anno 2011, le amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, incluse le autorità indipendenti, non possono effettuare spese di ammontare superiore all'80 per cento della spesa sostenuta nell'anno 2009 per l'acquisto, la manutenzione, il noleggio e l'esercizio di autovetture, nonché per l'acquisto di buoni taxi»); il rispetto dei limiti di cilindrata e di dismissione di cui all'art. 2 del d.l. n. 98/11; l'applicazione dei criteri di razionalizzazione previsti dell'art. 3 del d.P.C.m. 3 agosto 2011.

(6) In particolare le disposizioni del d.P.C.m. 3 agosto 2011 individuano i soggetti legittimati all'uso delle autovetture di servizio (art. 2) e definiscono le modalità di utilizzo di queste ultime (art. 3), tra le quali la riduzione del numero complessivo di autovetture di proprietà, l'acquisizione di autovetture di servizio in via prioritaria mediante contratti di locazione o noleggio con o senza conducente, la stipula di convenzioni con società di tassisti o di trasporto con conducente, la ra-

zionalizzazione dell'uso delle autovetture per percorsi in tutto o in parte coincidenti da realizzarsi attraverso l'uso condiviso delle autovetture, anche tra più amministrazioni, l'utilizzazione di contratti di locazione o noleggio senza conducente, con costi onnicomprensivi prefissati per chilometro.

(7) Cfr. *supra* il paragrafo 1.

(8) Cfr. T.A.R. Lazio - Sezione Prima, 9 novembre 2011, ordinanza n. 4139.

(9) Cfr. d.P.C.m. 12 gennaio 2012, *Modifiche agli articoli 1, 4 e 5 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 3 agosto 2011, concernente l'utilizzo delle autovetture di servizio e di rappresentanza da parte delle pubbliche amministrazioni* in *G.U.* 11 aprile 2012, n. 85.

(10) Cfr. *supra* il paragrafo 1.

(11) Cfr. nella sentenza n. 144/12 il punto 6 del *considerato in fatto*. In primo luogo secondo l'Avvocatura dello Stato il limite all'acquisto di autovetture di cilindrata superiore a 1600 cc costituirebbe una riaffermazione del principio di buona amministrazione nell'ottica del contenimento della spesa pubblica, in quanto diretto a conformare l'attività amministrativa ai principi di buona amministrazione ed efficienza, oltreché di moralità mediante il contenimento di voci di spesa prive di giustificazione nell'esercizio dell'attività istituzionale della pubblica amministrazione. In secondo luogo tale limite sarebbe ragionevole perché sufficientemente elevato da consentire l'acquisto di autovetture funzionali ai diversi compiti pubblici. In terzo luogo tale limite costituirebbe un principio di coordinamento della finanza pubblica, lasciandosi dunque alle Regioni ampio spazio di scelta in ordine alle auto da acquistare ed utilizzare per i diversi scopi. In quarto luogo non risulterebbe leso l'art. 117, sesto comma, Cost. in quanto il regolamento di cui al d.P.C.m. 3 agosto 2011, come modificato dal d.P.C.m. 12 gennaio 2012, si limiterebbe a individuare un modello organizzativo al quale dovrebbero fare riferimento anche le Regioni, lasciandosi al contempo alle stesse ogni libertà organizzativa nell'individuare le corrette forme di adeguamento in aderenza alle loro specificità. Infine non risulterebbe lesa la competenza residuale in materia di organizzazione amministrativa regionale poiché il dovere delle Regioni di conformarsi alle modalità di utilizzo delle vetture atterrebbe anche alla disciplina del pubblico impiego, riconducibile alla competenza legislativa esclusiva dello Stato di cui all'art. 117, secondo comma, lett. l).

(12) Per l'illustrazione di questa "terza via" a disposizione della Presidenza del Consiglio cfr. volendo E. Albanesi, [D.P.C.M. 12 gennaio 2012] *Nell'estendere alle Regioni i "tagli" alle auto di servizio e di rappresentanza, la P.C.M. ottempera al T.A.R. ma si espone alle censure della Corte costituzionale*, 24 aprile 2012, in <http://dirittiregionali.org>, specie al punto 5.

(13) Che questa potesse essere una delle due soluzioni (sostanzialmente identiche dal punto di vista del risultato che qui interessa) alla quale la Corte costituzionale sarebbe giunta, lo si era prospettato in E. Albanesi, [D.P.C.M. 12 gennaio 2012] *Nell'estendere alle Regioni i "tagli" alle auto di servizio e di rappresentanza*, cit., punto 4, dove si era sottolineato che «la Corte potrebbe dunque verosimilmente dichiarare l'illegittimità costituzionale in parte qua [dell'art. 2 del d.l. n. 98/12], dopo averne riconosciuto l'applicabilità alle Regioni ed agli enti locali (o potrebbe, il che è lo stesso, dichiararne la legittimità, dopo averne riconosciuto l'esclusiva applicabilità allo Stato)».

(14) Cfr. *supra* il paragrafo 1.

(15) Cfr. *supra* il paragrafo 2.

(16) Scrive a tal proposito la Corte che «l'art. 2, comma 1, stabilisce un limite di cilindrata delle auto di servizio, integrato dal successivo comma 2 con alcune deroghe calibrate su organi e soggetti, non aventi alcuna attinenza con le autonomie territoriali» e che «il comma 3 stabilisce altresì regole di dismissione e rottamazione delle auto preesistenti all'emanazione della norma, senza alcun riferimento alle autonomie stesse».

(17) Sulla giurisprudenza costituzionale in materia di coordinamento

della finanza pubblica, la Corte richiama nella sentenza la sent. 14 novembre 2005, n. 417, in *Giur. cost.*, 2005, la sent. 26 gennaio 2004, n. 36, *ivi*, 2004 e la sent. 30 dicembre 2003, n. 376, *ivi*, p. 3838 ss. In particolare nella sent. n. 417/05 la Corte ha affermato come «il legislatore statale può legittimamente imporre agli enti autonomi vincoli alle politiche di bilancio (ancorché si traducano, inevitabilmente, in limitazioni indirette all'autonomia di spesa degli enti), ma solo, con "disciplina di principio", "per ragioni di coordinamento finanziario connesse ad obiettivi nazionali, condizionati anche degli obblighi comunitari" [...]. Perché detti vincoli possano considerarsi rispettosi dell'autonomia delle Regioni e degli enti locali debbono avere ad oggetto o l'entità del disavanzo di parte corrente oppure - ma solo "in via transitoria ed in vista degli specifici obiettivi di riequilibrio della finanza pubblica perseguiti dal legislatore statale" - la crescita della spesa corrente degli enti autonomi; in altri termini la legge statale può stabilire solo un "limite complessivo, che lascia agli enti stessi ampia libertà di allocazione delle risorse fra i diversi ambiti e obiettivi di spesa" [...]. Questa Corte ha recentemente riaffermato tale principio, osservando che la previsione da parte della legge statale di limiti all'entità di una singola voce di spesa non può essere considerata un principio fondamentale in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica, perché pone un precetto specifico e puntuale sull'entità della spesa e si risolve perciò "in una indebita invasione, da parte della legge statale, dell'area [...] riservata alle autonomie regionali e degli enti locali, alle quali la legge statale può prescrivere criteri [...] ed obiettivi (ad esempio, contenimento della spesa pubblica) ma non imporre nel dettaglio gli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere quegli obiettivi"».

(18) Nella sentenza in commento si richiama con riguardo alla potestà regolamentare regionale la sent. Corte cost. 2 luglio 2009, n. 200, in *Giur. cost.*, 2009.

(19) Si trattava dell'art. 2, comma 588, della l. 24 dicembre 2007, n. 244 ai sensi del quale «la cilindrata media delle autovetture di servizio assegnate in uso esclusivo e non esclusivo nell'ambito delle magistrature e di ciascuna amministrazione civile dello Stato non può superare i 1.600 centimetri cubici». Tale disposizione era richiamata tra i principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica nel successivo art. 2, comma 600, che le Regioni, le Province autonome e altri enti erano chiamati ad attuare, adottando, secondo i propri ordinamenti, atti di rispettiva competenza.

(20) Cfr. sent. Corte cost. 20 novembre 2009, n. 297, in *Giur. cost.*, 2009. Sul punto specifico, adesivamente, cfr. A. Brancasi, *Coordinamento finanziario ed auto qualificazione di principi fondamentali*, *ibidem*, p. 4534 ss.

(21) Si veda ad esempio l'art. 14 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (conv. con mod. dalla l. 14 settembre 2011, n. 148), recante *Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*. Tale articolo dispone che le Regioni, «per il conseguimento degli obiettivi stabiliti nell'ambito del coordinamento della finanza pubblica, adeguano, nell'ambito della propria autonomia statutaria e legislativa, i rispettivi ordinamenti» ad alcuni parametri tra i quali, ad esempio, la riduzione del numero dei consiglieri regionali entro un massimo fissato dallo stesso art. 14. Tale norma è stata oggetto di 13 ricorsi da parte delle Regioni e delle Province speciali ed è attualmente al vaglio della Corte costituzionale (cfr. reg. ric. n. 134/11, n. 135/11, n. 136/11, n. 142/11, n. 143/11, n. 144/11, n. 145/11, n. 147/11, n. 152/11, n. 153/11, n. 155/11, n. 158/11, n. 160/11 in *G.U.* 14 dicembre 2011, n. 52, 21 dicembre 2011, n. 53, 28 dicembre 2011, n. 54, 4 gennaio 2012, n. 1, 18 gennaio 2012, n. 3 e 25 gennaio 2012, n. 4).

(22) Sulla quale cfr. *supra* nota 17.

(23) Su tali profili cfr. A. Brancasi, *La controversa, e soltanto parziale, continuità nella giurisprudenza costituzionale sul coordinamento finanziario*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 1648 ss. e F. Leotta, *L'autonomia finanziaria di spesa degli enti territoriali al vaglio della Corte costituzionale: i vincoli posti dalla legge finanziaria 2006 alle indennità di carica dei titolari degli*

organi politici regionali ed alle spese per il personale degli enti territoriali e del servizio sanitario (nota alle sentt. 8 maggio 2007, n. 157 e 17 maggio 2007, n. 169), in *Le Regioni*, 2007, p. 885 ss. Si sottolinea inoltre in G. Di Cosimo, *C'erano una volta le materie residuali*, in *Le Regioni*, 2010, p. 616 ss. come l'interpretazione da parte della Corte costituzionale del coordinamento finanziario in senso finalistico (quasi come se fosse una materia "trasversale"), ove abbinato al criterio della prevalenza, conduca a svuotare finanche le competenze legislative regionali residuali di cui all'art. 117, quarto comma, Cost.

(24) Cfr. sent. Corte cost. 24 luglio 2009, n. 237 in *Giur. cost.*, 2009. In tal modo il legislatore viene però a qualificare «come principi fondamentali (formali) previsioni legislative che tali non possono essere in quanto non si pongono come norme vincolanti e non svolgono il ruolo di necessario termine di raffronto in un rapporto giuridico (formalizzato dalle rispettive fonti primarie del diritto) tra l'ordinamento statale e quello regionale, costituendo, invece, la premessa per una relazione politica tra i due livelli di governo». Così A. Sterpa, *Dai "principi fondamentali" agli "indicatori": nuove dinamiche nei rapporti tra legge statale e legge regionale (Osservazioni a prima lettura a Corte cost., sent. 24 luglio 2009, n. 237)*, in <http://www.federalismi.it>, 2009, n. 17.

(25) Cfr. la delibera n. 80 della Conferenza unificata del 22 settembre 2011 istitutiva della Commissione paritetica mista, la quale si è insediata l'11 gennaio 2012. L'istituzione della Commissione paritetica mista ha fatto seguito ad una serie di ordini del giorno approvati dalla Camera dei deputati il 14 settembre 2011 sull'A.C. 4612, disegno di legge di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Cfr. XVI leg., o.d.g. 9/4612/82, 9/4612/96, 9/4612/102, 9/4612/146, 9/4612/176 e 9/4612/197.

(26) Se ne veda una rassegna in P.L. Geti, *L'impegno delle Regioni nella rideterminazione dei privilegi (economici) dei consiglieri*, in <http://dirittiregionali.org>, 12 gennaio 2012.

(27) Si segnala tuttavia come proprio nella Regione Liguria ad opera dell'art. 15, comma 2, l.r. 29 dicembre 2010, n. 23, recante *Disposizioni collegate alla legge finanziaria 2011*, sia stato abrogato l'art. 4, comma 3, della l.r. 16 febbraio 1987, n. 3 (come modificato dall'art. 10 della l.r. 24 dicembre 2008, n. 44) il quale disponeva che «con decorrenza dal 1° gennaio 2010, il rimborso forfettario mensile [delle spese connesse alla partecipazione dei Consiglieri regionali alle riunioni del Consiglio] è decurtato del 20 per cento nel caso in cui il beneficiario abbia diritto ad utilizzare usualmente l'automobile di rappresentanza o servizio, salvo dichiarazione di rinuncia. La Giunta regionale e l'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale - Assemblea Legislativa della Liguria, con propria deliberazione, individuano i soggetti a cui effettuare tali detrazioni». Va comunque dato conto del fatto che, in risposta ad un'interrogazione consiliare presentata il 28 marzo 2011, l'assessore alle risorse finanziarie abbia chiarito che in ogni caso gli assessori «rispettano l'impegno di versare un contributo per l'utilizzo delle auto blu» e che per quanto riguarda la Giunta regionale si sono registrati una diminuzione del 2010 al 2011 «da 36 auto in affitto, di cui 12 blu, a 27 auto in affitto, di cui 10 blu» ed il passaggio «da una spesa di 668 mila euro del 2009 a 534 mila euro previsti nel 2011». Cfr. Consiglio regionale della Liguria, IX legislatura, lavori del 20 settembre 2011. Per un aggiornamento dei dati al maggio 2012 si veda il *Giornale della Giunta della Regione Liguria* alla pagina <http://www.regione.liguria.it/giornale-della-giunta/archivio-notizie-del-giornale-della-giunta/item/32896-i-risparmi-sulle-auto-di-servizio.html>.

restaurant
YUAN

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



Documenti

Quale “sostegno” del legislatore regionale ligure alla scuola digitale e alla diffusione del libro elettronico?

Lara Trucco

Università di Genova

Sommario: 1. La legge ligure di “sostegno della scuola digitale e della diffusione del libro elettronico”. - 2. Problematiche in corso... - 3. ...anche in Liguria.

1. La legge ligure di “sostegno della scuola digitale e della diffusione del libro elettronico”.

Il 2 maggio 2012 è stata pubblicata nel *Bollettino Ufficiale* della Regione Liguria la legge 30 aprile 2012, n. 16 (1), di “sostegno della scuola digitale e della diffusione del libro elettronico” (c.d. *e-book*(2)), volta a promuovere la partecipazione delle istituzioni scolastiche autonome (ISA) ai processi di innovazione tecnologica e a sostenere gli enti locali nell’adozione di provvedimenti per l’attuazione concreta delle politiche di innovazione digitale (ex art. 1, comma 1 e 3). Con tale intervento normativo la Regione Liguria ha acquisito un posto d’avanguardia nel panorama nazionale e transnazionale (per vero, piuttosto “parco” in materia). In particolare, ha dato seguito sia al “Piano nazionale Scuola Digitale (A.S. 2011/2012)” (PNSD)(3) che, tra l’altro, prevede finanziamenti per la scuola statale primaria e secondaria di secondo grado destinati all’acquisto di *kit* tecnologici a supporto della didattica in classe, sia, “in via prioritaria”, alla Comunicazione (“Un’agenda digitale europea”)(4) che, nel fissare gli obiettivi per la crescita nell’Unione europea (UE) da raggiungere entro il 2020, propone di utilizzare al meglio il potenziale delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione (ICT), chiamando gli Stati membri a promuovere politiche di lungo termine in materia di competenze informatiche e di alfabetizzazione digitale e ad integrare l’apprendimento elettronico nelle politiche nazionali per modernizzare l’istruzione e la formazione, “anche nei programmi, nella valutazione dei risultati formativi e nello sviluppo professionale di insegnanti e formatori”.

Per altro verso, potrà contribuirsi a colmare il *gap* nostrano rispetto all’innovazione tecnologica (non solo con riguardo al settore scolastico), se è vero che, a dieci anni dal *flop* del 2000 (si noti che, già all’epoca, la disponibilità di opere letterarie su supporto digitale non era certamente una novità nel mondo dei “nuovi media”, dato che le origini del più noto archivio testuale presente su Internet - il Project Gutenberg -, risalgono al 1971) l’Italia degli *e-book*, appunto “versione 2010”, risultava ancora, «solo agli inizi»(5). E che pur “preannunciandosi” «crescite esponenziali di mese in mese», secondo i dati raccolti nel 2011 gli acquisti di libri elettronici costituirebbero, da noi, soltanto l’1% sui dati totali dei libri venduti(6), a fronte, ad esempio, di quanto avviene in territorio statunitense(7), dove s’è già registrato il sorpasso del mercato dei libri elettronici rispetto a quelli cartacei(8). Per quanto riguarda, poi, più specificamente, la diffusione degli

e-book negli Atenei italiani, di grande interesse è l’indagine promossa dalla CRUI(9), da cui si evince che è ancora preponderante (53%) la scelta di non acquistare *e-book*, e comunque lo scarso utilizzo, specie a fini didattici, degli *e-book* stessi.

2. Problematiche in corso...

Se si esaminano i lavori preparatori alla normativa ligure, ci si avvede di come le principali motivazioni all’origine del testo si ricolleghino alla dichiarata volontà di superare taluni ostacoli di ordine economico e sociale che coinvolgono, pur in vario modo, discenti ed insegnanti, finendo per limitare, in particolare, il diritto allo studio e la libertà di insegnamento (garantiti notoriamente dagli artt. 33 e 34 della Costituzione)(10). Va da sé, dunque, che il legislatore regionale presupponga un minor costo degli strumenti digitali(11) - segnatamente, degli *e-book* - rispetto a quelli tradizionali (in linea, si noti, con quanto previsto dal Ministro dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca, secondo cui «Con i libri digitali si spenderà 10 volte meno»)(12).

Sotto un secondo profilo, il legislatore regionale dimostra attenzione all’impatto negativo (13) che il peso eccessivo degli zaini scolastici può avere sullo sviluppo muscolare e scheletrico, specie di bambini e adolescenti (14). Per ambo i profili si tratterà, dunque, di scongiurare il rischio del percorrimto del c.d. “doppio binario”: col “trasporto”, in aula, della strumentazione “telematica” in aggiunta a quella tradizionale, a tutto vantaggio, se del caso in modo graduale, della *sostituzione* di questa seconda con la prima (nel pieno rispetto della libertà d’insegnamento - e dunque di scelta dei materiali di studio - da parte dei docenti).

Quanto testé rilevato immette direttamente ad un terzo ordine di questioni emerse dai lavori preparatori al testo della legge ligure, dato dalla considerazione dell’impatto ecologico che la pubblicazione cartacea di milioni di libri produce (non sempre utilizzando carta riciclata...). Un tale aspetto, infatti, oltre a consolidare l’idea dell’opportunità di non intraprendere il suddetto “doppio binario”, induce, altresì, a riflettere sulla necessità che la “nuova” strumentazione di supporto (in particolare) all’editoria digitale abbia una portata non solo “ecosostenibile”, ma, più in generale, “compatibile” col *diritto fondamentale alla salute* (si pensi, solo per fare alcuni esempi, all’impatto che possono avere onde elettromagnetiche non adeguatamente “modulate” o anche, più semplicemente, una lettura prolungata su schermi - ed altresì *display e-ink* (15) - non debitamente “calibrati”). Da questo punto di vista, desta qualche perplessità il passaggio in cui si afferma che «Gli scolari e gli studenti, a loro volta, non saranno certo tenuti ad acquistare un lettore di libri elettronici, i quali sono agevolmente scaricabili da normali computer ormai diffusi pressoché in ogni casa». Ci pare, infatti, che una tale scelta del legislatore regionale celi, in realtà, una “fuga” dall’affrontare uno dei profili più delicati della materia: la necessità, cioè, con l’affacciarsi del concetto di “lettura fluida” e, più in generale, di “dematerializzazione del sapere” dei necessari *e-book reader*, rischiando, così facendo, di vanificare quanto di buono (*rectius*: nuovo) il testo di legge potrebbe produrre, a tutto vantaggio della permanenza non solo degli stampati ma anche e,

più ampiamente, di tecnologie inadatte. In quest'ordine di idee, per ancora diverso profilo, avrebbe meritato quanto meno di esser presa in considerazione l'opportunità/necessità di promuovere una massiccia campagna di alfabetizzazione del personale scolastico (secondo quando "suggerito", del resto, come s'è più sopra riferito, dalle stesse Istituzioni europee).

Spostando l'attenzione dai supporti ai contenuti dei libri elettronici, si concorda con chi(16), pur segnalando l'opportunità di (continuare a mantenere) concettualmente distinti i due versanti, ne rileva la stretta interdipendenza, e, particolarmente, la necessità di valorizzare la tecnica in rapporto alla tecnologia, sì da promuoverne appieno le potenzialità. In quest'ottica, possono affacciarsi i seguenti interrogativi concernenti gli *e-book*:

- devono poter essere letti ed "utilizzati" attraverso strumenti che (per dimensioni, peso, portabilità) sono più vicini al computer o al libro?

- devono essere oggetti "volatili" (che rischiano di scomparire ogni volta che si leggono e/o che si cambia dispositivo di lettura o sistema operativo) o persistenti?

- devono essere immaginati come strumenti destinati unicamente alla lettura di informazioni testuali o, oltre all'inserimento di illustrazioni, tabelle, formule scientifiche e matematiche (come già avviene per i libri "cartacei") deve essere possibile - se l'autore ritiene opportuno farne uso - l'inserimento di contenuti multimediali come suoni e video?

- devono essere oggetti "blindati" o annotabili, prestabili, e, di più, "interattivi" anche grazie alle maggiori possibilità di circolazione e condivisione dell'informazione messe a disposizione dalle nuove tecnologie?

Anche in base a quanto già argomentato, non sembrerebbe dubbio che le risposte preferibili a tali quesiti coincidano con le seconde alternative proposte, anche se va subito sottolineato come ciò che deve comunque orientare il legislatore - con sacrificio, se del caso, dell'"innovazione" - sia (senza ovviamente pregiudizio del bene della salute) di favorire l'*apprendimento* dei discenti e la *funzione didattica* degli insegnanti. Da questo punto di vista, però, la legge sorprendentemente tace, a fronte del, pur ineludibile, profilo della "sicurezza delle reti", "in modo da garantire un accesso protetto agli studenti e al personale della scuola" e nell'ottica di rafforzare la fiducia degli utenti e delle famiglie nell'uso degli strumenti digitali" (ex art. 5).

3. ...anche in Liguria.

Ulteriori questioni che l'editoria elettronica presenta riguardano, ad esempio, la tutela dei *Digital rights management* (DRM) senza svantaggiare i potenziali utilizzatori di *e-book* e, correlativamente, il problema di come conciliare soluzioni più aperte (Social DRM), preferite dalle piccole case editrici e dalle avanguardie editoriali, con le logiche proprietarie sostenute dai grandi editori(17). Si segnala, inoltre, la vera e propria "contesa"(18) tra l'approccio anacronistico e minoritario (sostenuto, in particolare, da *Amazon*), ritenuto, non a torto, un freno allo sviluppo degli *e-book*, favorevole alla messa a punto di sistemi chiusi e proprietari: i c.d. *walled garden* (lett.: "giardini murati") delle tecnologie proprietarie (che, secondo una prospettiva "estrema", non dovrebbero nemmeno consentire di navigare su internet); e quello (fatto proprio, in particolare, dalla *Apple*) favorevole, invece, alla promozione di sistemi (per vero, più che a tutti gli effetti "aperti", soprattutto) "interconnettibili" al *web*(19). In quest'ordine di idee, le maggiori problematicità che la

messa a punto della legge della Liguria ha incontrato (come si evince dalle varie versioni del testo) hanno riguardato la (previsione della) *piattaforma informatica* nella quale depositare i testi (essendo noto, peraltro, che "la contesa" delle "piattaforme digitali per la distribuzione di libri in formato *e-book*" ha una portata ben più ampia...(20)). L'idea iniziale, infatti, traeva spunto dalle logiche proprie dell'esperienza di *wikipedia*, tendendo alla creazione di una piattaforma informatica regionale (da anettere al sito istituzionale della Regione Liguria), alla quale chiunque - a determinate condizioni - avrebbe dovuto poter accedere (superata la fase di autenticazione telematica), consultando - e, se del caso, depositando - gli *e-book* ed eventualmente scaricandoli. Insomma, si immaginava uno "spazio" dei e per i libri di testo scolastici aperto anche a soggetti che non avessero pubblicato testi tramite case editrici, di cui si sarebbe dovuto far "garante" ogni insegnante all'atto di stabilire in piena autonomia quali testi adottare per lo svolgimento dei programmi di insegnamento(21).

Il disposto normativo ligure tradisce, tuttavia, una certa riluttanza ad affrontare nei suoi vari e delicati risvolti la questione: così, sebbene si faccia promotore della "messa a disposizione di materiale didattico e *software* a matrice libera e non proprietaria" (ex art. 4, comma 3), "Nell'ottica dell'ottimizzazione delle risorse disponibili", finisce poi per affidare al portale "www.giovaniliguria.it" il delicato compito di "diffusione delle migliori pratiche già in atto nelle scuole liguri" e di "pubblicizzazione delle ricerche e degli studi di settore più significativi", prevedendo il ricorso, "ove necessario, alla collaborazione delle ISA, nonché mediante la sottoscrizione di specifici protocolli d'intesa con l'Università e i centri di ricerca" (ex art. 4, comma 2)(22).

Note:

(1) Reperibile sul sito istituzionale della Regione Liguria (<http://www.regione.liguria.it/>).

(2) Per una definizione degli *e-book* v. F. Ciotti, *E-book: la rivoluzione della lettura*, in <http://www.mediamente.rai.it/divenirerete/010504/ebook.asp>.

(3) Reperibile, tra l'altro, in <http://www.istruzione.it/web/istruzione/dettaglio-news/-/dettaglioNews/viewDettaglio/15210/11210>.

(4) Trattasi della Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 19 maggio 2010 ("Un'agenda digitale europea"), reperibile in http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/strategies/si0016_it.htm.

(5) Così F. Brivio, *Ebook, una gigantesca start-up nazionale*, in <http://www.apogeeonline.com>, del 25 ottobre 2010.

(6) Cfr., sul punto, M. Maugeri, *L'e-book rappresenta una rivoluzione dalla quale non si torna indietro*, in <http://www.libreriamo.it>, del 15 maggio 2012.

(7) Di interesse, al proposito, è il video consultabile all'indirizzo telematico http://www.dailymotion.com/video/xnkld9_in-usa-e-book-battone-i-libri-piu-popolari-per-42-titoli-su-50-classifica-di-usa-today-ven-dite-spint_news.

(8) Cfr., ex multis, sul punto, *E-book sales triple, top paper as most popular format in US*, in <http://www.electronista.com>, del 15 aprile 2011.

(9) V. P. Gargiulo, A. Ortigari, *Indagine sulla diffusione degli e-book negli Atenei italiani* promossa da CAREI, del 12 marzo 2010 (reperibile in [http://www.cruicare.it/?q=system/files/Gargiulo+Ortigari+studio+eBooks+CARE\(2\).pdf](http://www.cruicare.it/?q=system/files/Gargiulo+Ortigari+studio+eBooks+CARE(2).pdf)).

(10) Ci si riferisce, in particolare, al costo dei libri scolastici che, mentre nella scuola primaria risulta a carico del sistema pubblico (v. già la legge n. 942/1966 sulla distribuzione gratuita dei libri di

testo nelle scuole elementari, e, più in generale e di recente, la legge n. 62/2000 sulla parità scolastica; sul “principio di gratuità” dell’istruzione inferiore, v., inoltre, le decisioni della Corte costituzionale nn. 7/1967, 106/1968, 125/1975, e 36/1982, in <http://www.giurcost.org/>); in quella secondaria di primo grado (c.d. “scuola media”) e di secondo grado (c.d. “superiori”) grava sugli studenti, *rectius*: sulle famiglie. Al proposito, se, a stare alle stime del Ministro Profumo «Per uno studente di scuola media si spendono circa 3-400€ l’anno per i libri» (v., sul punto, M. Ferrucci, *Profumo: “con i libri digitali le famiglie spenderanno un decimo”*, in <http://www.studenti.it/>, del 29 marzo 2012), considerato che in Liguria le scuole medie contano all’incirca 50 mila studenti l’anno, se ne ricava che, mediamente, vengono spesi 17 milioni di euro in libri di testo scolastici.

(11) Cfr., sul punto, *ex multis*, M. Cammarata, *Se il libro elettronico è il futuro della cultura*, in <http://www.tabulas.it/>, del 6 giugno 2011.

(12) Ciò che, però, per quanto probabile, non può dirsi del tutto scontato, se solo si pensa (fatte le dovute differenze del caso) a quanto sta avvenendo in esperienze, quale quella statunitense, in cui è di questi giorni la notizia (v. *Apple risponde alle accuse sui prezzi degli ebook*, in <http://notizie.liquida.it/2012/05/31/19877376/ebook-apple-steve-jobs/>) del contenzioso in atto, che vede coinvolta la *Apple* e cinque case editrici, a seguito della *class action*, intrapresa da ben 31 Stati, col lamentare il “cartello” che queste ultime avrebbero stipulato dopo il lancio di *iPad* (nel 2012), proprio per aumentare i prezzi degli *e-book*, in violazione della legge della California e di leggi federali “*anti-trust*” (secondo le notizie che trapelano *Apple* non sarebbe «ancora ufficialmente sul banco degli imputati», anche se «il giudice distrettuale Denise Cote ha usato parole dure sulle azioni della società» (in <http://www.techzilla.it/ampie-prove-che-apple-ha-consapevolmente-aderito-alla-cospirazione-degli-e-book-29888/>).

(13) Comprovato ormai da tempo: si veda, ad es., il parere del Consiglio superiore di sanità del 14 dicembre 1994 ed allegato alla nota del 30 dicembre 1999 (Prot. n. 45783) avente ad oggetto: “Trasporto di libri di testo e materiale didattico - Eccessivo peso di cartelle e zainetti” (in <http://www.edscuola.it/archivio/norme/circolari/nm301299.html>).

(14) Tanto che sono state presentate proposte di legge a livello nazionale, con lo specifico intento di affrontare il problema: v., ad es., da ultimo, il p.d.l. C.3382, recante “Delega al Governo per l’emanazione di norme in materia di prevenzione di danni alla salute provocati dal trasporto di libri scolastici”, presentato il 9 aprile 2010.

(15) V., *amplius*, sul punto, <http://www.ebookreaderitalia.com/ebook-per-chi-e-agli-inizi-ovvero-10-cose-che-dovresti-sapere-sugli-ebook-prima-parte/>.

(16) Cfr., al riguardo, G. Roncaglia, *Gli e-book sono davvero dei libri? Otto tesi su cosa i libri elettronici non dovrebbero essere*, in <http://www.unitus.it/confsem/ebook/discussione1.htm>.

(17) V. B. Iacopo, *Diffusione e prospettive nel mercato degli ebook reader*, in <http://www.ebook-reader.it/news/diffusione-e-prospettive-nel-mercato-degli-ebook-reader/>, del 7 aprile 2012.

(18) Cfr. al proposito, C. Sottocorona, *E.reader Il libro digitale scatenata la concorrenza*, in *CorriereEconomia* del 9 novembre 2009, 26 (reperibile anche in <http://web.uniroma2.it/modules.php?name=RassegnaStampa&op=visArt&id=10287>).

(19) Ancora: è stata rilevata da tempo la «diffidenza, o addirittura paura di quello che può comportare la diffusione degli *e-book* sul mercato dei libri», andandosi «dalle solite geremiadi sulla cosiddetta “pirateria” (con i soliti dati veri o presunti sui danni che causerebbe agli editori) fino a posizioni molto più realistiche, che arrivano a considerare l’inutilità dei sistemi di protezione» (M. Cammarata, *E-book, tutti i problemi del mondo che cambia*, in <http://www.tabulas.it/primopiano/unesco2.htm>, del 13 giugno 2009). Mentre, persino «sui formati c’è una spaccatura, da una parte il gettonato *ePub* (46,3%) dall’altra il *PDF* (40,6%), in ultima posizione *Mobi* (8,5%)» (v. B. Iacopo, *Diffusione e prospettive nel mercato degli ebook reader*, cit.); e non manca nemmeno chi propone specifiche regole in materia (cfr., al riguardo, G. Venturi, *Con un click si fa un *ePub* ma non un ebook*, in <http://www.ebookreaderitalia.com/>, del 13 giugno 2012).

(20) Cfr. Al proposito, A. Masera, *La prima grande guerra degli ebook. Feltrinelli, Rizzoli, GeMs e Messaggerie sfidano la corazzata Mondadori*, in <http://www.lastampa.it/>, del 12 maggio 2010.

(21) V. già, al riguardo, il d.lgs. n. 112/1998 e il D.P.R. n. 275 del 1999, spec. all’art. 4, comma 5.

(22) Al di là di tutto ciò, si attende anche di vedere quale ruolo saprà ritagliarsi il Comitato di pilotaggio sulla diffusione delle tecniche digitali nei processi educativi istituito - con “funzioni consultive e propositive nei confronti della Giunta regionale” in materia di “scuola digitale” - dalla legge ligure (*ex art. 6*) composto dall’Assessore regionale competente in materia di Istruzione, o suo delegato; un rappresentante della Regione Liguria; un componente designato dall’ANCI Liguria; uno dall’Unione Regionale Province Liguri (URPL); uno dall’Ufficio Scolastico Regionale; uno dal Comitato Regionale per l’Istruzione e la Formazione (CRIF); ed un altro ancora dalla Consulta regionale delle ISA.

Sezione di diritto tributario

Documenti

Gli accertamenti "impo-esattivi", la riscossione frazionata e la tutela cautelare oltre il primo grado di giudizio

Antonio Lovisolo

Professore, Università di Genova

Sommario: 1. Premessa: la tempistica correlata alla notifica degli accertamenti "impo-esattivi". - 2. La riscossione frazionata, il suo contenuto e le sue ragioni storiche. - 3. La riscossione frazionata e la concentrazione della riscossione nell'accertamento: una convivenza possibile. - 4. La tutela cautelare ed il suo rapporto con l'accertamento "impo-esattivo". - 5. Problemi interpretativi afferenti l'applicazione della sanzione di cui all'art. 13 D.lgs. n. 471/97. - 6. La proponibilità dell'azione cautelare nei gradi successivi al primo. - 7. La proponibilità dell'azione cautelare, il quadro normativo di riferimento e la sentenza della Corte Costituzionale n. 217/2010. - 8. Osservazioni conclusive in relazione alla possibilità di estendere la tutela cautelare in appello. - 9. La giurisprudenza di merito medio tempore intervenuta.

1. Premessa: la tempistica correlata alla notifica degli accertamenti "impo-esattivi".

Il 1° ottobre 2011 è entrata in vigore la riforma di cui all'art. 29 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (c.d. "decreto anti-crisi"), conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122, che vede (in materia di imposte dirette, IVA ed IRAP) il superamento del "ruolo" esattoriale con il contemporaneo potenziamento della funzione dell'avviso di accertamento ("e del connesso provvedimento di irrogazione delle sanzioni") che costituirà anche "titolo esecutivo" (atto quindi "impo-esattivo" (1)), nell'ottica di concentrare la riscossione nell'accertamento, semplificando il recupero dei tributi da parte dello Stato.

L'iscrizione a ruolo (quale "atto formale" giuridicamente rilevante) va "in pensione" (in relazione agli accertamenti relativi alle imposte sui redditi, all'IRAP ed all'IVA) essendo ancora prevista per le liquidazioni di cui agli articoli 36-bis e 36-ter d.p.r. n. 600/1973 (in quanto tali liquidazioni, per loro natura, anticipano la fase della riscossione "saltando" formalmente quella dell'accertamento).

In particolare, il comma 1 dell'art. 29 cit., nella versione attualmente vigente (2), prevede che l'accertamento debba contenere l'intimazione ad adempiere le somme in esso recate «entro il termine [c.d. "mobile"] di presentazione del ricorso», diventando "titolo esecutivo" decorsi sessanta giorni dalla sua notifica (c.d. "termine fisso") (cfr. il "Prospetto" sub **all. 1**).

Una volta notificato, in caso di mancato pagamento o di mancata proposizione del ricorso, e decorsi trenta giorni dal termine ultimo per effettuare il pagamento (termine "mobile" coincidente con quello per la presentazione del ricorso), le somme intimate nell'atto di accertamento sono «affidate in carico» all'Agente della riscossione per l'avvio dell'esecuzione forzata.

A ben vedere, il riferimento al termine per effettuare il pagamento - e quindi, l'individuazione del termine da cui decorrono i trenta giorni a seguito dei quali inizierà l'esecuzione -

è un riferimento che dovrà essere valutato "caso per caso": si parla infatti, al riguardo, di un "termine mobile" proprio perché, essendo coincidente con il termine per la proposizione del ricorso, esso è destinato a subire degli "slittamenti" a seconda, ad esempio, della sospensione feriale dei termini (quarantasei giorni, ex L. 7 ottobre 1969, n. 742), della presentazione dell'istanza di accertamento con adesione (novanta giorni, ex art. 6, c. 3, D.Lgs. n. 218/97), o della presentazione dell'istanza con cui si domanda che «siano computate in diminuzione dei maggiori imponibili derivanti dalle rettifiche (...) le perdite di periodo del consolidato non utilizzate, fino a concorrenza del loro importo» (che, in virtù del comma 3 dell'art. 40-bis del d.p.r. n. 600/1973, comporta la sospensione del termine per impugnare l'atto di sessanta giorni).

Pertanto, con il decorso del termine di sessanta giorni dalla sua notifica, l'accertamento, enunciando il debito di imposta, ed intimandone il pagamento, diviene "esecutivo"; contemporaneamente, però, dalla notifica dell'accertamento si apre una "finestra temporale" (la cui ampiezza dipenderà dalla scelta del contribuente di esperire, ad esempio, la via dell'adesione, eventualmente cumulabile con il periodo di sospensione feriale) ad esito della quale decorreranno gli ulteriori trenta giorni per l'"affidamento in carico" della riscossione all'Agente.

In questi trenta giorni (decorrenti dal termine ultimo per effettuare il pagamento), quindi, si mette in moto la macchina dell'esecuzione, la quale partirà al loro scadere; tuttavia, vedremo *infra* che tale partenza è subito "stoppata" da una "sospensione automatica" ex lege di 180 giorni.

In ogni caso, come vedremo, ove il pagamento non avvenga «entro il termine di presentazione del ricorso», scatterà l'applicazione della sanzione per ritardato od omissivo versamento (ex art. 13, d.lgs. n. 471/97) oltre agli interessi di mora e gli interessi per ritardato pagamento di tributi, nonché il pagamento degli aggi esattoriali (interamente a carico del debitore) ed il rimborso delle spese per l'esecuzione (ex art. 29, c. 1, lett. f) (cfr. sub **all. 1** il "prospetto").

E' indubbio che anche nell'ambito di tale nuovo contenuto sia prevista la riscossione tributaria provvisoria come espressamente previsto dal comma 1, lett. a), dell'art. 29 cit. che rinvia all'art. 15, d.p.r. n. 602/1973, così come (comma 1, lett. c) è espressamente prevista la riscossione (pur sempre provvisoria) dell'intero carico tributario «in presenza di fondato pericolo per il positivo esito della riscossione» (c.d. "ruolo straordinario")

Per adesso, si consideri soltanto che l'"affidamento in carico" potrà essere, o per l'intero importo oggetto dell'intimazione, nel caso di mancato pagamento o di mancata definizione dell'accertamento, oppure nella misura prevista dall'art. 15 del d.p.r. n. 602/1973 per il caso di proposizione del ricorso.

2. La riscossione frazionata, il suo contenuto e le sue ragioni storiche.

L'art. 15 del D.P.R. n. 602/1973 disciplina le «iscrizioni nei ruoli in base ad accertamenti non definitivi».

Prima della sua modifica apportata dall'art. 7, c. 2-quinquies, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (conv. in l. n. 106/2011), il comma 1 dell'art. 15 cit. prevedeva che potessero essere ri-

scesse a titolo provvisorio, dopo la notifica dell'accertamento, «la metà» delle somme iscritte a ruolo. Con il d.l. n. 70/2011, invece, l'importo riscuotibile provvisoriamente è stato ridotto ad un terzo, e l'art. 15 cit. risulta quindi così formulato: «*le imposte, i contributi ed i premi corrispondenti agli imponibili accertati dall'ufficio ma non ancora definitivi, nonché i relativi interessi, sono iscritti a titolo provvisorio nei ruoli, dopo la notifica dell'atto di accertamento, per un terzo degli ammontari corrispondenti agli imponibili o ai maggiori imponibili accertati. Le disposizioni dei commi precedenti si applicano anche per l'iscrizione a ruolo delle ritenute alla fonte dovute dai sostituti d'imposta in base ad accertamenti non ancora definitivi*».

In virtù dell'art. 23, d.lgs. n. 46/99, tale disposizione si applica anche all'IVA.

L'iscrizione a ruolo provvisoria è giustificata dalla precarietà del titolo da cui trae origine (ossia un accertamento) che è destinato a consolidarsi ove non impugnato o ad essere annullato in tutto od in parte.

L'art. 29 del d.l. n. 78/2010, al comma 1, lett. a), prevede che, nel caso di «rideterminazione» delle somme che sono dovute in base agli accertamenti (in materia di imposte sui redditi, IVA ed IRAP) ed ai connessi provvedimenti di irrogazione delle sanzioni, per vicende successive alla notifica dell'accertamento, i relativi atti debbano essere notificati al contribuente anche mediante raccomandata con avviso di ricevimento, dalla cui ricezione decorre il termine di 60 giorni per effettuare il relativo pagamento, pena l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 13 del d.lgs. n. 471/1997.

In particolare, la rideterminazione degli importi di cui al comma 1 lett. a) cit. è quella prevista dall'art. 8, c. 3-bis, d.lgs. n. 218/97, dall'art. 19, d.lgs. n. 472/97 e dall'art. 68, d.lgs. n. 546/92, articoli espressamente richiamati dal comma 1 lett. a) cit..

Al riguardo, si ricorda che l'art. 8, c. 3-bis, d.lgs. n. 218/97, prevede che «*in caso di mancato pagamento anche di una sola delle rate diverse dalla prima entro il termine di pagamento della rata successiva, il competente ufficio dell'Agenzia delle entrate provvede all'iscrizione a ruolo delle residue somme dovute e della sanzione di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, applicata in misura doppia, sul residuo importo dovuto a titolo di tributo*».

A sua volta, l'art. 19, d.lgs. n. 472/97 (rubricato «*esecuzione delle sanzioni*»), che introduce il meccanismo della riscossione frazionata delle sanzioni in parallelo a quanto dall'art. 68, d.lgs. n. 546/92, previsto per i tributi, in particolare dispone: al comma 1, che «*in caso di ricorso alle commissioni tributarie, anche nei casi in cui non è prevista riscossione frazionata si applicano le disposizioni dettate dall'art. 68, commi 1 e 2, del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546 (...)*»; al comma 4, che «*quando non sussiste la giurisdizione delle commissioni tributarie, la sanzione e riscossa provvisoriamente dopo la decisione dell'organo al quale è proposto ricorso amministrativo, nei limiti della metà dell'ammontare da questo stabilito (...)*»; al comma 5, che «*se l'azione viene iniziata avanti all'autorità giudiziaria ordinaria ovvero se questa viene adita dopo la decisione dell'organo amministrativo, la sanzione pecuniaria è riscossa per intero o per il suo residuo ammontare dopo la sentenza di primo grado, salva l'eventuale sospensione disposta dal giudice d'appello secondo le previsioni dei commi 2, 3 e 4»(3).*

L'art. 68, d.lgs. n. 546/92 (il cui contenuto è rimasto inalterato anche dopo le «novità» di che trattasi), disciplina il «*pagamento del tributo in pendenza del processo*», stabilendo che il tributo (e relativi interessi), in pendenza di un giudizio sulla

legittimità della sua debenza, sia riscosso non per l'intero ma soltanto in parte, sulla base di quote normativamente individuate.

Ed infatti, l'art. 68 cit. è così formulato: «*[1] anche in deroga a quanto previsto nelle singole leggi di imposta, nei casi in cui è prevista la riscossione frazionata del tributo oggetto di giudizio davanti alle commissioni, il tributo, con i relativi interessi previsti dalle leggi fiscali, deve essere pagato:*

per i due terzi, dopo la sentenza della commissione tributaria provinciale che respinge il ricorso;

per l'ammontare risultante dalla sentenza della commissione tributaria provinciale, e comunque non oltre i due terzi, se la stessa accoglie parzialmente il ricorso;

per il residuo ammontare determinato nella sentenza della commissione tributaria regionale(4).

Per le ipotesi indicate nelle precedenti lettere a), b) e c) gli importi da versare vanno in ogni caso diminuiti di quanto già corrisposto».

Il successivo comma 2 dispone altresì che «*se il ricorso viene accolto, il tributo corrisposto in eccedenza rispetto a quanto statuito dalla sentenza della commissione tributaria provinciale, con i relativi interessi previsti dalle leggi fiscali, deve essere rimborsato d'ufficio entro novanta giorni dalla notificazione della sentenza»(5).*

Ciò comporta quindi che, per la riscossione del tributo in pendenza del primo grado di giudizio, occorrerà ancora far riferimento alle singole leggi di imposta, ed alle varie differenze da esse previste: occorrerà far quindi riferimento per le **imposte sui redditi** e per l'**IVA(6)** all'art. 15, c. 1, d.p.r. 1973 n. 602 (che, ad oggi, prevede l'iscrivibilità a ruolo di un terzo delle imposte accertate), per l'**imposta di registro**, all'art. 56(7) del d.p.r. n. 131 del 1986, per l'**imposta sulle successioni e sulle donazioni** all'art. 40(8) del d.lgs. n. 346 del 1990 (tributi questi ultimi comunque estranei alla tempistica degli atti «impo-esattivi» di che trattasi).

Successivamente, e cioè per la riscossione conseguente alle sentenze di I° o di II°, la disciplina che è applicabile per i soli tributi per i quali è prevista la riscossione frazionata (quindi in deroga alle corrispondenti regole dettate per le singole imposte che devono ritenersi abrogate) è quella dettata dall'art. 68 cit.(9). Questa interpretazione è del resto supportata dal dato normativo dell'art. 68 cit. la cui disciplina, afferente i soli tributi per i quali è prevista la «riscossione frazionata», è applicabile «*anche in deroga a quanto previsto dalle singole leggi di imposta*».

Per i tributi diversi da quelli sopra indicati per i quali è prevista la riscossione frazionata occorre fare riferimento alle singole leggi di imposta. La riscossione di tali tributi esula, comunque, dalla previsione dell'art. 29 di che trattasi che è limitata alle sole imposte dirette, all'IVA ed all'IRAP.

Ad esempio, con riferimento alla **TARSU**, l'art. 72 (rubricato «*riscossione*») del d.lgs. n. 507/93 prevede al comma 3 che il pagamento dell'intero importo dovuto possa avvenire in 4 rate e che «*in caso di omesso pagamento di due rate consecutive l'intero ammontare iscritto nei ruoli è riscuotibile in unica soluzione*».

Seppure il comma 5 dell'art. 72 cit. disponga espressamente che «*si applicano, in quanto compatibili, le altre disposizioni contenute nel D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602*» (con la possibilità che in tale richiamo sia comunque ricompreso anche l'art. 15 del d.p.r. n. 602/1973) tuttavia la Cassazione ha escluso la possibilità che le somme dovute a titolo di TARSU potessero essere iscritte provvisoriamente a ruolo in quanto, secondo la Cassazione, il potere dell'ente locale di iscrivere a

ruolo l'intero importo accertato (pur in presenza di ricorso) è giustificato dalla differenza «*per natura, per soggetto impositore, per modalità di commisurazione della tassa e per i rapporti (legislativamente fissati) tra gettito complessivo e costo del servizio*»(10) tra i tributi locali e quelli per i quali è applicabile l'art. 15 del d.p.r. n. 602/73, fermo restando che al contribuente sarebbe comunque garantita la possibilità di richiedere la sospensione cautelare del pagamento dell'intero invocando l'art. 47 del d.lgs. n. 546/92.

Similmente, per quanto riguarda l'imposta sulla pubblicità, l'art. 9 del d.lgs. n. 507/93 prevede al comma 5 che «*la riscossione coattiva dell'imposta si effettua secondo le disposizioni del D.P.R. 28 gennaio 1988, n. 43 e successive modificazioni*», ma la Cassazione, con sent. n. 27002/2007 ha (lapidariamente) escluso la possibilità di applicare la riscossione frazionata di cui all'art. 15 d.p.r. n. 602/1973 perché «*tale norma speciale non prevede, dunque, l'iscrizione a ruolo per frazioni della somma pretesa*».

Analogha esclusione è stata riconosciuta dalla Corte di Cassazione(11) anche per l'ICI, tenuto conto della diretta riscuotibilità dell'intero importo in caso di mancato pagamento (l'art. 12 - rubricato "riscossione coattiva" - del d.lgs. n. 504/1992 dispone infatti che «*le somme liquidate dal comune per imposta, sanzioni ed interessi, se non versate, con le modalità indicate nel comma 3 dell'art. 10, entro il termine di sessanta giorni dalla notificazione dell'avviso di liquidazione o dell'avviso di accertamento, sono riscosse (...) coattivamente mediante ruolo secondo le disposizioni di cui al D.P.R. 28 gennaio 1988, n. 43 e successive modificazioni*»).

Per completezza, occorre anche rilevare che in presenza di comportamenti "elusivi" l'art. 37-bis, 6° comma, D.P.R. n. 600/1973, prevede che «*le imposte o le maggiori imposte accertate in applicazione delle disposizioni di cui al comma 2 sono iscritte a ruolo, secondo i criteri di cui all'art. 68 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, concernente il pagamento dei tributi e delle sanzioni pecuniarie in pendenza di giudizio, unitamente ai relativi interessi, dopo la sentenza della commissione tributaria provinciale*».

Pertanto, secondo tale disposizione, in presenza di una riqualificazione "antielusiva" l'iscrizione provvisoria a ruolo è (eccezionalmente) "spostata in avanti" sino al deposito della sentenza di primo grado (con la successiva applicazione delle regole dettate dall'art. 68 cit.).

Questa deroga alla possibilità riconosciuta all'Ufficio di iscrivere a ruolo a titolo provvisorio ex art. 15 cit. le imposte risultanti dall'accertamento, si spiega con la cautela che il legislatore ha voluto utilizzare in questi particolari casi, cautela più che comprensibile e legittima se si considera che la riqualificazione di un'operazione come "elusiva" è "attività tutt'altro che agevole", che coinvolge spesso operazioni straordinarie e comunque complesse e notoriamente somme ingenti.

Storicamente, l'introduzione dell'istituto della riscossione "gradata" (artt. 15 e 68 cit.) si spiega con la originaria natura delle Commissioni tributarie, quali organi di carattere amministrativo, che contribuivano alla determinazione progressiva dell'imponibile e dell'imposta dovuta, intervenendo sulla misura determinata dall'Amministrazione finanziaria(12). Conseguentemente, alla formazione progressiva di imponibile ed imposta in tre diverse "fasi" (accertamento, decisione di I° grado e di II° grado) si accompagnava anche la ripartizione del credito da recuperare.

Successivamente, con il riconoscimento alle commissioni tributarie del carattere di "organi giurisdizionali" che controllano la legittimità dell'accertamento (e non concorrono

più alla sua definizione), l'art. 15 cit. e l'art. 68 cit. hanno perso la loro originaria funzione di *pendant* alla formazione progressiva della fattispecie impositiva, assolvendo, oggi-giorno, una funzione di "mediazione" tra i diversi interessi del contribuente accertato e dell'Amministrazione finanziaria interessata ad una "veloce" riscossione del tributo, tenuto conto, da un lato, della necessità di assicurare un certo "flusso" di entrate (di ammontare - limitatamente - predefinitamente), correlata alla emissione degli avvisi di accertamento e, dall'altro, della necessità di tener conto degli esiti del controllo giurisdizionale (via via più penetrante) sul contenuto della pretesa impositiva.

3. La riscossione frazionata e la concentrazione della riscossione nell'accertamento: una convivenza possibile.

Come *retro* osservato, a seguito della riforma di cui all'art. 29 cit. il contribuente avrà a disposizione per impugnare l'avviso di accertamento in materia di imposte dirette, IVA ed IRAP, i normali termini oggi previsti (tenuto conto della possibilità di un loro ampliamento in relazione alla presentazione dell'istanza di adesione e della sospensione feriale dei termini). Tuttavia, lo stesso contribuente deve avere la consapevolezza che decorso il termine di sessanta giorni dalla notifica degli «*atti di cui alla lettera a)*» del comma 1 dell'art. 29 cit., l'atto diventerà esecutivo (sia esso stato impugnato o meno) e che decorsi altri trenta giorni (termine, a mio avviso, "di grazia"), la riscossione delle somme richieste comunque sarà affidata in carico all'Agente della riscossione, fermo restando che, in pendenza del giudizio di primo grado, l'importo potrà essere riscosso solo per un terzo dell'imposta (ex art. 15 d.p.r. n. 602/1973, richiamato dall'art. 29 d.l. n. 78/2010), trovando successiva applicazione le regole (e la misura) di cui all'art. 68 d.lgs. n. 546/92 (anch'esso richiamato espressamente dall'art. 29 di che trattasi).

Ciò premesso, ci si potrebbe interrogare sulla compatibilità di uno strumento, quale quello della riscossione frazionata in pendenza di giudizio (ex articoli 15 e 68 cit.) con la previsione del contenuto dell'atto "impo-esattivo" e con l'evolversi delle procedure previste dall'art. 29 cit.

In realtà, a mio avviso, la riscossione frazionata mantiene la propria ragion d'essere: funzione dell'atto "impo-esattivo", infatti, non è tanto quella della "velocizzazione" della riscossione (con la quale potrebbe apparire incompatibile il frazionamento del pagamento), tanto è vero che è stato introdotto l'ulteriore di termine di sospensione di 180 giorni dall'affidamento in carico all'Agente della riscossione.

La funzione dell'atto "impo-esattivo" è soprattutto quella di rendere più "diretta" la riscossione attraverso la eliminazione di atti esattivi (intermedi), la cui emissione/notifica è sempre stata foriera di gravose (e spesso vincenti) contestazioni da parte del contribuente.

La "fase" dell'affidamento in carico all'Agente della Riscossione, a ben vedere, coincide con la vecchia (e "macchinosa") fase dell'iscrizione a ruolo, il quale era formato dall'Ufficio competente (art. 12 d.p.r. n. 602/1973) e, storicamente, consegnato periodicamente all'intendenza di finanza (art. 13 d.p.r. n. 602/1973) e poi "vistato" (art. 23 d.p.r. n. 602/1973), e successivamente reso esecutivo mediante la sua sottoscrizione (art. 12 d.p.r. n. 602/1973) e trasmesso al Concessionario con cadenza periodica (art. 24 d.p.r. n. 602/1973)(13).

L'iscrizione a ruolo, in origine, era quindi una comunicazione che assumeva rilevanza in quanto, una volta trasmessa all'Esattore, quest'ultimo (storicamente) rispondeva del "non ri-

scosso come riscosso". Oggi, sebbene manchi da un punto di vista "formale" l'iscrizione a ruolo, di fatto con l'«affidamento in carico» si raggiunge il medesimo risultato di far pervenire al Concessionario le indicazioni necessarie alla riscossione, attraverso un flusso di trasmissione dei dati che non è più periodico, bensì giornaliero. Ed infatti, con il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate 30 giugno 2011 l'art. 3 (rubricato "data di affidamento dei carichi") prevede che «l'Ufficio che ha emesso gli atti di cui all'articolo 29, comma 1, lettera a (...), trasmette con cadenza giornaliera, i flussi di carico ad Equitalia Servizi S.p.a., decorsi 60 giorni dalla notifica degli atti nonché 30 giorni dal termine ultimo per il pagamento». Pertanto, ad oggi, l'«affidamento in carico» è una mera operazione tecnico-contabile che ha perso gli elementi formali un tempo rilevanti, essendo privo di rilevanza esterna.

In ogni caso, ben si colloca la riscossione frazionata che mantiene la propria ragione e funzione storica di consentire il pagamento del tributo in correlazione al progressivo accertamento della "verità processuale" sulla legittimità dell'atto "impo-esattivo", quale emerge dalle successive pronunce giudiziali e nel contempo di assicurare alla Finanza un flusso di gettito correlato parallelamente alle aspettative formulate nell'atto impugnato.

D'altronde, la riscossione frazionata in pendenza del processo è, oggi, assolutamente necessitata anche perché, da un lato, la sospensione cautelare (come meglio vedremo *infra*) non ha ancora ottenuto un pieno riconoscimento nei giudizi successivi al primo: è pur vero che c'è stata un'apertura in questo senso (cfr. Corte Costituzionale n. 217/2010) ma è altrettanto vero che tale "apertura" non equivale ancora ad una totale ammissione della sospensione cautelare in secondo grado (cfr. *infra* sub par. 6 e ss.).

In secondo luogo, anche se si ammettesse la possibilità di richiedere la sospensione cautelare in appello sull'intero accertato eliminando la riscossione frazionata, il contribuente correrebbe il rischio di ritrovarsi, pur sempre, ad essere sottoposto ad un'esecuzione per l'intero (e non solamente i due terzi come previsto dall'art. 68 cit.), con grave pregiudizio pur essendo la sua pretesa ancora suscettibile di un integrale vaglio di merito da parte del giudice di appello.

4. La tutela cautelare ed il suo rapporto con l'accertamento "impo-esattivo".

L'art. 29, d.l. n. 78/2010 attribuisce all'avviso di accertamento la valenza di "titolo esecutivo" decorsi i sessanta giorni dalla sua notifica.

Tuttavia, nonostante l'atto sia ormai esecutivo, l'affidamento in carico all'Agente della Riscossione avviene solo decorsi trenta giorni dal termine ultimo per il pagamento che, come abbiamo visto, è collegato al termine "mobile" di presentazione del ricorso.

In ogni caso, poi, anche dopo tale affidamento in carico, il comma 1, lett. b, dell'art. 29 cit., prevede che l'esecuzione forzata sia sospesa per un periodo di centottanta giorni salva comunque la possibilità per l'Agente della riscossione di procedere ad azioni cautelari e conservative (iscrizione ipotecaria, fermo amministrativo, sequestro, etc.).

Nel frattempo, comunque, decorso il termine "mobile" di presentazione del ricorso si rendono dovuti gli interessi per ritardato pagamento, nonché gli interessi di mora, gli aggi ed il rimborso delle spese di riscossione, nonché (seppure con i problemi interpretativi di cui dirò appresso) anche la sanzione per omesso, carente e tardivo pagamento di cui all'art. 13, d.lgs. n. 471/97.

Pertanto, per il contribuente diventa pressante l'esigenza di tamponare (o, quanto meno, di rallentare) l'inizio della riscossione del tributo (che potrà essere piena o per un terzo a seconda della presentazione del ricorso, e condizionata dal meccanismo della riscossione in pendenza di giudizio).

Al riguardo, l'originaria versione del "decreto sviluppo" (d.l. n. 70/2011) prevedeva (14) che fosse aggiunta al comma 1 dell'art. 29 del d.l. n. 78/2010 la lettera "b-bis" recante la seguente formulazione: «in caso di richiesta, da parte del contribuente, della sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato ai sensi dell'articolo 47 [d.lgs. n. 546/92], l'esecuzione forzata di cui alla lettera b) è sospesa fino alla data di emanazione del provvedimento che decide sull'istanza di sospensione e, in ogni caso, per un periodo non superiore a centoventi giorni dalla data di notifica dell'istanza stessa. La sospensione di cui al periodo precedente non si applica con riguardo alle azioni cautelari e conservative, nonché ad ogni altra azione prevista dalle norme ordinarie a tutela del creditore».

Per effetto di tale disposizione, il "decreto sviluppo" introduceva una sospensione automatica dell'esecuzione intercorrente tra la notifica dell'istanza di sospensione di cui all'art. 47 d.lgs. n. 546/92 e la relativa decisione giudiziale, o comunque per un massimo di tempo di centoventi giorni dalla notifica stessa. A tale sospensione legale si cumulava quella eventualmente disposta dal giudice.

Tale disposizione normativa ha fatto fondatamente prevedere l'intensificarsi della presentazione delle istanze di sospensione, con aggravio del lavoro delle Commissioni tributarie investite successivamente del relativo giudizio di merito.

Per tale motivo, in sede di conversione del "decreto sviluppo", la legge di n. 106/2011 ha eliminato l'inserimento della lettera b-bis introducendo (15) invece un periodo finale alla lettera b) del comma 1 dell'art. 29 cit. avente il seguente tenore: «L'esecuzione forzata è sospesa per un periodo di centottanta giorni dall'affidamento in carico agli agenti della riscossione degli atti di cui alla lettera a); tale sospensione non si applica con riferimento alle azioni cautelari e conservative, nonché ad ogni altra azione prevista dalle norme ordinarie a tutela del creditore».

Inoltre, la legge n. 106/2011 (16) ha aggiunto al comma 1, lettera c) dell'art. 29 del d.l. n. 78/2010 il seguente periodo: «Nell'ipotesi di cui alla presente lettera, e ove gli agenti della riscossione, successivamente all'affidamento in carico degli atti di cui alla lettera a), vengano a conoscenza di elementi idonei a dimostrare il fondato pericolo di pregiudicare la riscossione, non opera la sospensione di cui alla lettera b)».

Parallelamente, sempre in sede di conversione del d.l. n. 70/2011, la l. n. 106/2011, ha introdotto (17) all'art. 47 del d.lgs. n. 546/92, relativo alla sospensione cautelare nel processo tributario, il comma 5-bis che è così formulato: «L'istanza di sospensione è decisa entro centottanta giorni dalla data di presentazione della stessa».

Pertanto, per effetto delle modifiche introdotte dalla l. n. 106/2011 di conversione del decreto sviluppo, l'esecuzione forzata è completamente inibita per centottanta giorni dal semplice affidamento in carico delle somme da riscuotere all'Agente della riscossione, senza che sia richiesta, per far scattare tale automatismo, la preventiva istanza di sospensione cautelare (come nella originaria formulazione dell'art. 7, c. 2, lett. n), n. 3, del d.l. n. 70/2011).

Ciò significa quindi che la sospensione "legale" dei centottanta giorni non coinvolge soltanto le somme affidate all'esattore nella misura conseguente all'impugnazione dell'accertamento, ma anche le somme oggetto dell'originaria intimazione nel

caso in cui l'accertamento non sia stato impugnato divenendo definitivo.

Al riguardo, v'è da domandarsi se la previsione della sospensione automatica anche per crediti tributari non contestati sia giustificata. In questa ipotesi, v'è da aspettarsi che l'Agente della riscossione si avvalga comunque del potere concessogli di procedere ad azioni cautelari.

In ogni caso, dalla modifica apportata dalla l. n. 106/2011, il contribuente accertato trae un indubbio beneficio nel senso che dalla notifica dell'accertamento, prima che parta l'esecuzione forzata decorrerà il termine per la presentazione del ricorso (più o meno estendibile per i motivi *retro* visti) a cui si aggiungono i trenta giorni dell'affidamento in carico ed i centottanta giorni della sospensione automatica (cfr. sub **all. 1** il "prospetto").

Tuttavia, questo vantaggio è bilanciato dai seguenti elementi.

Si consideri infatti che:

ai sensi della lettera "f)" del comma 1 dell'art. 29, d.l. n. 78/2010, «a partire dal primo giorno successivo al termine ultimo per presentazione del ricorso» (termine c.d. "mobile"), le somme indicate con gli atti "impo-esattivi" saranno maggiorate degli **interessi di mora**, «calcolati a partire dal giorno successivo alla notifica degli atti stessi», nella misura prevista dall'art. 30(18) del d.p.r. n. 602/1973: in forza dell'art. 30 cit. è stato adottato il Provvedimento del 22 giugno 2011 del Direttore dell'Agenzia delle Entrate il cui art. 1 stabilisce che «a decorrere dal 1° ottobre 2011, gli interessi di mora per ritardato pagamento delle somme iscritte a ruolo sono determinati nella misura del **5,0243%** in ragione annuale». Si ricorda altresì che l'art. 30, d.p.r. n. 602/1973, come modificato dall'art. 7, comma 2-sexies, della L. 106 del 2011, prevede che gli interessi di mora non sono più applicabili sulle sanzioni pecuniarie tributarie e sugli interessi;

agli interessi di mora vanno poi aggiunti gli **aggi della riscossione** che la lettera f) del comma 1 cit. pone interamente a carico del debitore e che corrispondono alla misura del **9%** delle somme recate dall'avviso di accertamento e degli interessi di mora(19);

la lettera f) cit. addossa al contribuente anche il **rimborso delle spese relative alle procedure esecutive** intraprese; il comma 6 dell'art. 17 del d.lgs. n. 112/1999 stabilisce che tali spese sono dovute nella misura stabilita da una apposita tabella approvata con decreto del Ministero delle Finanze cfr. D.M. 21 novembre 2000;

alle voci sopra indicate dovranno essere aggiunti anche gli **interessi per il ritardato versamento e riscossione dei tributi** che con decreto del Ministro dell'economia e delle Finanze sono stabiliti «nei limiti di **un punto percentuale di differenza rispetto al tasso di interesse fissato ai sensi dell'art. 1284 del codice civile**»(20) (art. 1, c. 150, l. n. 244/2007). In particolare, con Decreto del 7 dicembre 2010, la misura del saggio degli interessi legali è stata fissata all'**1,5%** in ragione d'anno, con decorrenza dal 1° gennaio 2011;

a tali somme dovranno comunque essere aggiunte quelle dovute in virtù della riscossione frazionata in pendenza di giudizio, nella misura di **un terzo**, come previsto dall'art. 15, d.p.r. n. 602/1973, e successivamente nelle misure determinate dall'art. 68 d.lgs. n. 546/92;

infine, sebbene con i dubbi interpretativi che dirò appresso, in virtù del richiamo operato dal comma 1 lett. a) dell'art. 29 cit. all'art. 13 del d.lgs. n. 471/97, dal termine ultimo per la presentazione del ricorso potrebbe essere applicata anche **la sanzione del 30%** per omesso, carente o tardivo versamento.

Pertanto, se da un lato il momento in cui avrà inizio l'esecuzione forzata è posticipato nel tempo, è anche vero che per effetto dell'acquisto di efficacia esecutiva da parte dell'avviso di accertamento una volta che sia spirato il termine per la presentazione del ricorso, il carico tributario accertato è destinato inevitabilmente a lievitare: per i titoli di cui sopra è prevedibile infatti che il contribuente, decorso il termine ultimo per la proposizione del ricorso, subisca un aumento di quasi il 50% dell'originario carico tributario.

Alla luce di quanto fino ad ora osservato, il contribuente dovrà strategicamente decidere (se e) quando presentare l'istanza di sospensione cautelare prevista dall'art. 47 del d.lgs. n. 546/92, in modo tale da coordinare al meglio la sospensione *ex lege* dei centottanta giorni prevista dall'art. 29 cit. con la sospensione giudiziale.

Infatti, se la decisione sull'istanza deve essere fissata entro centottanta giorni dalla sua presentazione (art. 47, c. 5-bis cit.), ove la sospensione fosse concessa, la trattazione del relativo merito dovrebbe essere fissata entro i successivi novanta giorni (art. 47, c. 6 cit.); a ciò si aggiunge il termine entro il quale il giudice dovrebbe depositare la sentenza che definisce il giudizio (trenta giorni dalla deliberazione(21)), deposito che segna la fine dell'efficacia della sospensione cautelare (art. 47, c. 6, cit.).

Si ricorda tuttavia che per effetto delle modifiche introdotte dalla l. n. 106/2011, la "sospensione automatica" di centottanta giorni non opera in relazione all'area della tutela preventiva e conservativa operata dal Fisco sui beni del contribuente. Conseguentemente, l'Amministrazione potrà ad esempio richiedere l'autorizzazione ad iscrivere ipoteca e procedere al sequestro conservativo dei beni, ai sensi dell'art. 22 del d.lgs. n. 472/1997.

Analogamente, per effetto della lettera c), c. 1, dell'art. 29 cit., come modificata dalla l. n. 106/2011, la sospensione automatica non opererà, da un lato, nell'ipotesi di fondato pericolo per il positivo esito della riscossione (parallelamente a quanto avveniva per l'"iscrizione nei ruoli straordinari" di cui all'art. 15-bis del d.p.r. n. 602/1973); dall'altro, qualora l'Agente della riscossione, successivamente all'affidamento in carico, sia venuto a conoscenza di elementi idonei a dimostrare il fondato pericolo per la riscossione.

Da ultimo, si ricorda che per effetto della lettera g) del comma 1 dell'art. 29 cit., in caso di presentazione di ricorso avverso gli atti previsti dalla lettera a) del comma 1, il contribuente potrà domandare all'Agenzia delle Entrate la sospensione amministrativa della riscossione (*ex art. 39 d.p.r. n. 602/73 espressamente richiamato*) mentre nel caso in cui sia già avvenuto l'affidamento in carico all'Agente della riscossione, quindi la macchina dell'esecuzione sia stata messa in moto, il contribuente potrà presentare allo stesso Agente richiesta di dilazione del pagamento, ai sensi dell'art. 19 del d.p.r. n. 602/1973.

5. Problemi interpretativi afferenti l'applicazione della sanzione di cui all'art. 13 D.lgs. n. 471/97.

Come anticipato, con il d.l. n. 70/2011 (decreto sviluppo) all'art. 29, c. 1, lett. a) del d.l. n. 78/2010 è stato aggiunto il seguente periodo finale: «la sanzione amministrativa prevista dall'art. 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, non si applica nei casi di omesso, carente o tardivo versamento delle somme dovute, nei termini di cui ai periodi precedenti, sulla base degli atti ivi indicati».

V'è da chiarire tuttavia come tale previsione normativa si concili con l'ipotesi in cui nel termine ("mobile") di pre-

sentazione del ricorso si provveda al pagamento delle imposte intimiate dall'atto di imposizione.

In tale "prima ipotesi" (e cioè di tempestivo pagamento delle somme recate da un atto "impo-esattivo" che abbia già irrogato la sanzione dell'art. 13 cit.), forzando il significato letterale della previsione normativa si potrebbe forse arrivare alla conclusione che il pagamento del tributo esclude la già irrogata sanzione (al pari di una "sanatoria").

La norma di che trattasi (art. 29, lett. a, ultima parte) è infatti formulata in senso "negativo" («la sanzione amministrativa prevista dall'art. 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, non si applica...») sì da avallare (al meno letteralmente) tale previsione normativa.

A mio avviso, il richiamo all'art. 13 cit. da parte del comma 1 lett. a), è però meglio collegabile ad una "seconda ipotesi", e cioè quella nella quale non avviene il tempestivo pagamento delle somme recate da un atto di imposizione (o di irrogazione delle sanzioni) nel quale non è irrogata la sanzione dell'art. 13 cit..

In relazione a questa "seconda ipotesi" mi sembra che l'art. 29 cit. abbia voluto oggettivizzare la fattispecie sanzionatoria dell'omesso e ritardato versamento, correlandola (anche) al mancato pagamento delle somme recate dall'atto "impo-esattivo", beninteso, semprché l'atto di accertamento o di irrogazione delle sanzioni non abbia già irrogato la medesima sanzione di cui all'art. 13 cit..

Tenderei pertanto ad escludere una "terza ipotesi" di applicazione della sanzione del 30% di cui all'art. 13 cit. in relazione a carichi tributari non adempiuti, che però sono già comprensivi di identica sanzione, essendo questa stata originariamente irrogata nell'atto di accertamento o nell' autonomo atto di irrogazione delle sanzioni.

A mio avviso, questa terza ipotesi è impraticabile in quanto genererebbe una duplicazione della sanzione già irrogata. Conseguentemente, ritengo che conseguenza del mancato adempimento nei termini (qualora la sanzione dell'art. 13 cit. sia già stata applicata nell'atto impositivo o di irrogazione delle sanzioni) sia soltanto l'applicazione degli interessi moratori e per ritardato versamento, degli aggi e del rimborso delle spese di riscossione. Resta da dire che, ove tale sanzione (illegittimamente) fosse nuovamente applicata, la relativa contestazione dovrebbe essere sollevata nanti il giudice ordinario in sede di opposizione all'esecuzione, per la quale non è configurabile la giurisdizione delle Commissioni tributarie.

In conclusione, l'applicazione della sanzione del 30% prevista dal comma 1 lett. a) cit. deve essere razionalizzata: essa troverà applicazione solo nel caso in cui non avvenga il tempestivo pagamento delle somme relative ad atti che non hanno già irrogato la sanzione di cui all'art. 13 cit..

6. La proponibilità dell'azione cautelare nei gradi successivi al primo.

Anche alla luce di quanto precede, è evidente che il riconoscimento della tutela cautelare oltre il primo grado di giudizio rappresenta una questione di primaria importanza divenuta di grande attualità.

In materia è rinvenibile una nuova pronuncia da parte della Corte Costituzionale (la n. 217 del 17 giugno 2010(22)) che, seppure attraverso una motivazione non pienamente condivisibile, ha fornito un'apprezzabile apertura verso l'ammissione della tutela cautelare nei giudizi successivi al primo, così superando (seppure attraverso la dichiarazione di "inammissibilità" della questione di legittimità costituzio-

nale nanti ad essa sollevata) le precedenti pronunce che aveva reso sulla medesima questione (ord. 5 aprile 2007, n. 119; ord. 27 luglio 2001, n. 325; ord. 19 giugno 2000, n. 217; sent. 31 maggio 2000, n. 165).

Nei propri precedenti, la Corte Costituzionale, pur partendo dalla condivisibile affermazione di principio secondo cui «la disponibilità di misure cautelari costituisce componente essenziale della tutela giurisdizionale garantita dall'art. 24 della Costituzione (...). Enunciazione, questa, sicuramente riferibile, per la sua generalità, anche al processo tributario e che si spiega (...) con l'esigenza di evitare che la durata del processo vada a danno dell'attore che ha ragione e che, durante il tempo occorrente per l'accertamento in via ordinaria del suo diritto, è esposto al rischio di subire un danno irreparabile», aveva sempre dichiarato "infondata" la questione di costituzionalità degli articoli 47 e 49, d.lgs. n. 546/92, sollevata con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost.(23), affermando (in maniera non condivisibile e "scollegata" rispetto all'assunto da cui era partita) che «risulta evidente come la garanzia costituzionale della tutela cautelare debba ritenersi imposta solo fino al momento in cui non intervenga, nel processo, una pronuncia di merito che accolga - con efficacia esecutiva - la domanda, rendendo superflua l'adozione di ulteriori misure cautelari, ovvero la respinga, negando in tal modo, con cognizione piena, la sussistenza del diritto e dunque il presupposto stesso della invocata tutela. Con la conseguenza che la previsione di mezzi di tutela cautelare nelle fasi di giudizio successive a siffatta pronuncia, in favore della parte soccombente nel merito, deve ritenersi rimessa alla discrezionalità del legislatore»(24), ed affermando altresì che «la censura riferita alla violazione del principio di eguaglianza ed incentrata sulla differente latitudine dei poteri del giudice nel processo civile e nel processo tributario è stata del pari disattesa in quanto in aperta contraddizione con la giurisprudenza di questa Corte che ha costantemente escluso l'esistenza di un principio (costituzionalmente rilevante) di necessaria uniformità tra i vari tipi di processo»(25).

7. La proponibilità dell'azione cautelare, il quadro normativo di riferimento e la sentenza della Corte Costituzionale n. 217/2010.

7.1 La questione della estendibilità della tutela cautelare nel giudizio successivo a quello di primo grado origina dalla formulazione dell'art. 47, d.lgs. n. 546/92, che attribuisce espressamente alle Commissioni tributarie provinciali il potere di sospendere l'efficacia esecutiva dell'atto impugnato, ma fino alla data di pubblicazione della sentenza di primo grado(26).

Solo l'art. 19, c. 2, del D.lgs. n. 472/97, con il riferimento alla riscossione delle (sole) sanzioni, ha previsto la possibilità di richiedere la sospensione cautelare anche in fase di appello(27).

Tale previsione si giustifica in quanto l'esigenza della sospensione cautelare in materia di sanzioni si manifesta solo a seguito della sentenza di 1° grado in quanto, solo con il deposito di tale sentenza, esse diventano riscuotibili (in virtù del combinato disposto dell'art. 15 d.p.r. n. 602/1973, art. 19, c. 1, d.lgs. n. 472/97 ed art. 68 d.lgs. n. 546/92).

Ciò premesso, l'art. 47 cit. rappresenta la diretta attuazione, da parte del legislatore delegato, del "principio di delega" stabilito dal legislatore delegante nell'art. 30, c. 1, lett. h) della L. n. 413/1991, e consistente nella «previsione di un procedimento incidentale ai fini della sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato disposta mediante provvedimento motivato, con efficacia temporale limitata a non oltre la decisione di primo grado e con obbligo di fissazione della udienza entro novanta giorni».

Tale previsione normativa della legge delega “blinda” quindi la sospensione cautelare dell’art. 47 cit. nell’ambito dei soli giudizi di primo grado, nonostante l’art. 61, d.lgs. n. 546/92 (*«nel procedimento di appello si osservano in quanto applicabili le norme dettate per il procedimento di primo grado, se non sono incompatibili con le disposizioni della presente sezione»*) che, in relazione al procedimento di appello, rinvia (in quanto compatibili) alle norme dettate per il procedimento di primo grado. Pertanto, per garantire il rispetto della legge delega (che limita la tutela cautelare al solo I° grado) l’art. 61 cit. è interpretato nel senso che tra le “norme richiamate” non dovrebbero essere ricomprese anche quelle di cui al Capo II(28) del Titolo II, tra cui l’art. 47 cit. (29), la cui applicazione in appello sarebbe comunque (“strumentalmente”) incompatibile con le disposizioni applicabili a quel giudizio. A ciò si aggiunga che l’art. 49(30) d.lgs. n. 546/92, nel disciplinare le impugnazioni delle sentenze tributarie, esclude espressamente l’applicabilità al processo tributario dell’art. 337(31) c.p.c., ritenendosi esclusa di riflesso, anche l’applicabilità delle disposizioni menzionate da tale norma, tra cui l’art. 283 c.p.c.(32) e l’art. 373 c.p.c.(33), attinenti la sospensione degli effetti della sentenza di I° grado e di quella di appello ad opera del giudice del gravame.

La motivazione di tale esclusione è da ravvisare nelle peculiarità del processo tributario che rendono di difficile applicazione i rimedi cautelari di cui agli articoli 283 e 373 c.p.c. perché, come affermato dalla Corte Costituzionale con l’ord. n. 119/2007 (che, come visto, si è pronunciata sulla legittimità dell’art. 47 d.lgs. n. 546/92) - nel processo tributario, a differenza del processo civile, *«oggetto del provvedimento di sospensione non potrebbe mai essere la sentenza che ha respinto l’impugnazione, bensì semmai il provvedimento impositivo la cui impugnazione è stata rigettata in primo grado»*.

In altri termini, alla sentenza del giudice tributario non può riconoscersi efficacia di titolo esecutivo (né quando accoglie il ricorso del contribuente né quando lo rigetta), in quanto il titolo che legittima l’attività di riscossione della pretesa impositiva è sempre e solo il provvedimento impugnato (che dal 1° luglio 2011 è l’atto di accertamento e non più l’iscrizione a ruolo). Conseguentemente, l’oggetto della sospensione cautelare è solo l’esecuzione dell’atto impugnato (e non anche la sentenza che in relazione a tale atto sia intervenuta). Per tali motivi è stato osservato che le disposizioni di cui agli artt. 283 e 373 c.p.c. *«che riguardano propriamente la sospensione dell’efficacia esecutiva delle sentenze, risultano palesemente ultronee ed inidonee ad un loro inserimento nel processo di che trattasi e nel sistema della riscossione che vi è correlato, proprio ed essenzialmente perché non attengono alla sospensione dell’esecuzione, bensì alla efficacia di sentenze che costituiscono anche titoli esecutivi»*(34).

7.2 Tutto ciò premesso, con la sentenza n. 217/2010 la Corte Costituzionale ha evidenziato la “disponibilità” - in una successiva occasione in cui la questione di illegittimità costituzionale fosse correttamente riproposta - a rivedere la propria giurisprudenza in punto di riconoscimento della tutela cautelare oltre il primo grado di giudizio, e dunque a superare l’orientamento manifestato nelle precedenti quattro pronunce, in base al quale la tutela cautelare nel processo tributario rappresenterebbe una garanzia costituzionale imposta soltanto fino al momento in cui non sia intervenuta una sentenza di merito.

Tale pronuncia, invero, non è del tutto convincente per le seguenti ragioni.

L’apertura da parte della sent. n. 217/2010 cit. passa attraverso la dichiarazione di inammissibilità della questione di

(il)legittimità costituzionale dell’art. 49, d.lgs. n. 546/92, sollevata con riferimento agli artt. 3, 23, 24, 111 e 113 Cost., nonché, quale norma interposta, all’art. 10 Cost., ed in riferimento all’art. 6, c. 1° della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (“C.E.D.U.”).

In particolare, il giudice rimettente aveva sollevato questione di incostituzionalità dell’art. 49 cit. perché, a suo avviso, tale norma, escludendo espressamente l’art. 337 c.p.c. dal rinvio ivi operato alla disciplina generale delle impugnazioni nel processo civile, avrebbe impedito l’applicazione nel processo tributario del rimedio cautelare previsto dall’art. 373 c.p.c. (richiamato dall’art. 337 c.p.c.) relativo alla sospensione dell’esecuzione della sentenza d’appello in pendenza del giudizio di cassazione (analogo discorso, ove sollevato, si sarebbe potuto effettuare per l’esecuzione della sentenza di I° grado ad opera del giudice di appello, in virtù dell’art. 283 c.p.c. anch’esso richiamato dall’art. 337 c.p.c., ove fosse stato oggetto del giudizio di merito sul quale si è pronunciata l’ordinanza del giudice remittente).

La Corte Costituzionale non ha però condiviso il percorso ricostruttivo del giudice remittente ritenendo che fosse invece possibile una interpretazione “alternativa” e costituzionalmente orientata che avrebbe consentito di sostenere che *«il comma 1 dell’art. 49 del D.Lgs. n. 546/1992 non costituisce ostacolo normativo ad applicare al processo tributario l’inibitoria cautelare di cui all’art. 373 c.p.c. astrattamente compatibile con il processo tributario»*, rendendo così irrilevante la questione di illegittimità sollevata con la sua conseguente inammissibilità.

Più nel dettaglio, secondo la Corte Costituzionale, l’art. 337 c.p.c. (inapplicabile al processo tributario in forza del disposto di cui all’art. 49 cit.) contiene una “regola” (*«l’esecuzione della sentenza non è sospesa per l’effetto dell’impugnazione di essa»*) ed una “eccezione” a tale regola poiché fa salve, tra le altre, le disposizioni degli artt. 283 e 373 c.p.c.; allo stesso modo, l’art. 373 c.p.c. contiene anch’essa, al primo comma, una “regola” (*«il ricorso per cassazione non sospende l’esecuzione della sentenza»*) ed una “eccezione” a tale “regola” (*«tuttavia il giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata può, su istanza di parte e qualora dall’esecuzione possa derivare grave ed irreparabile danno, disporre con ordinanza non impugnabile che l’esecuzione sia sospesa»*) (analogamente dicasi per l’art. 283 c.p.c.).

Secondo la Corte Costituzionale, *«l’inapplicabilità al processo tributario - in forza della disposizione censurata - della regola, sostanzialmente identica, contenuta nell’art. 337 c.p.c. e nel primo periodo del primo comma dell’art. 373 dello stesso codice, non comporta necessariamente l’inapplicabilità al processo tributario anche delle sopraindicate “eccezioni” alla regola e, quindi, non esclude di per sé la sospensibilità ope iudicis della sentenza d’appello impugnata per cassazione»*.

In altre parole, secondo la Corte costituzionale la eventuale dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 49 cit. avrebbe comportato la eliminazione della “regola generale” ivi prevista secondo la quale il “gravame non comporta la sospensione dell’esecuzione della sentenza impugnata” (art. 337, comma 1, c.p.c.) e non anche della eccezione a tale regola (artt. 283 e 373 c.p.c.), che consentono, a talune condizioni, la sospensione della sentenza da parte del giudice del gravame.

La Corte costituzionale ha quindi dichiarato “inammissibile” la questione sollevata per il mancato approfondimento in ordine alla applicabilità delle “eccezioni” alla regola, di cui agli articoli 283 e 373 c.p.c., afferenti la possibilità della sospensione della sentenza, rispettivamente di primo e di secondo grado.

Conclusione, invero, poco convincente che comunque lascia intravedere la possibilità della tutela cautelare nel giudizio di cassazione o quanto meno della sentenza di primo grado in appello.

Pertanto, attraverso questa interpretazione "alternativa", la Corte ha indicato la strada per giungere al riconoscimento della tutela cautelare anche in pendenza del giudizio di cassazione, mediante la sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata.

8. Osservazioni conclusive in relazione alla possibilità di estendere la tutela cautelare in appello.

Lo sforzo ermeneutico compiuto dalla Corte costituzionale con la sent. n. 217/2010, che ha manifestato la possibilità di riconoscere la tutela cautelare nei gradi successivi al primo, è senza dubbio apprezzabile, seppure il percorso seguito dalla Corte non può essere condiviso in quanto affetto da un errore di fondo, probabilmente imputabile al contenuto dell'ordinanza con la quale il giudice remittente aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale.

Infatti, come detto, la questione dell'ammissibilità della tutela cautelare in appello è stata impropriamente focalizzata sugli art. 49 d.lgs. n. 546/92 e 373 c.p.c. e cioè sulla *esecutività delle sentenze* e sulla *sospensione di tale esecutività*. Tuttavia, come anche ricordato dalla precedente ord. della Corte Costituzionale n. 119/2007, nel processo tributario il "titolo esecutivo" dell'attività di riscossione non è mai la sentenza, bensì sempre e solo il provvedimento impositivo impugnato con la conseguenza che, trovando la riscossione tributaria il proprio titolo non nella sentenza impugnata ma nell'atto impositivo impugnato, la questione di costituzionalità deve avere ad oggetto (solamente) la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato (e non la sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata). Conclusione viepiù formulabile in relazione all'atto "impo-esattivo" che evidenzia chiaramente il coesistere, nel medesimo atto, dell'atto impositivo con il titolo esecutivo.

Conseguentemente, le norme che sono di ostacolo al riconoscimento della tutela cautelare in appello, e che quindi dovrebbero essere oggetto della questione di costituzionalità, non sono costituite dall'art. 49 cit., bensì dall'art. 47, commi 1 e 7, cit. (quali norme delegate), che nella loro formulazione letterale circoscrivono l'attribuzione del potere di sospensione cautelare al solo primo grado di giudizio, ed a monte dall'art. 30, c. 1, lett. h), l. n. 413/1991 (quale norma delegante) che ha delegato il Governo ad introdurre un procedimento di sospensione dell'atto impugnato temporalmente limitato alla decisione che chiude il giudizio di I° grado.

Quanto poi alle norme costituzionali rispetto alle quali sollevare la questione, esse dovrebbero essere individuate negli artt. 3, 24 e 111 comma 2, Cost.; ed infatti, con riguardo all'art. 3 cost., si pone il problema della violazione del principio di uguaglianza e di ragionevolezza delle scelte legislative in quanto non è ravvisabile alcun ragionevole motivo che possa giustificare (nonostante quanto affermato dalla Corte Cost. con l'ord. n. 217/2000) una diversità di disciplina tra (da un lato) il processo civile ed amministrativo, in cui la tutela cautelare è assicurata in ogni grado di giudizio e (dall'altro) il processo tributario in cui la tutela cautelare è invece assicurata solo limitatamente al I° grado di giudizio. La questione di costituzionalità dovrebbe inoltre essere sollevata anche in relazione all'art. 24 Cost. in quanto se è vero (così come affermato dalla Corte Costituzionale con la sent.

n. 165/2000) che la tutela cautelare nel processo tributario risponde «all'esigenza di evitare che la durata del processo vada a danno dell'attore che ha ragione e che, durante il tempo occorrente per l'accertamento in via ordinario del suo diritto, è esposto al rischio di subire un danno irreparabile», è altresì evidente come tale esigenza non possa non permanere «per tutto il tempo del processo necessario perché questa ragione venga accertata» in modo definitivo, «senza che nel frattempo l'interessato subisca un pregiudizio che irreparabilmente lo danneggi, vanificandone il diritto all'azione che gli è costituzionalmente garantito, così da non potersi ritenere pienamente attuato» tale diritto «limitandone l'operatività alla sola emanazione "di una pronuncia di merito a cognizione piena" entro il primo grado»(35).

Da ultimo, sarebbe opportuno sollevare la questione di costituzionalità anche in relazione all'art. 111, c. 2, Cost., in quanto se il meccanismo della riscossione frazionata in pendenza di giudizio (art. 68, d.lgs. n. 546/92) tutela la posizione dell'Amministrazione finanziaria consentendole il parziale recupero delle somme liquidate con l'atto impugnato, occorre allora che al contribuente sia comunque concessa una forma di tutela (cautelare) nei confronti di tale riscossione (oltre, quindi, il primo grado di giudizio) tutte le volte in cui questa possa recargli un pregiudizio grave ed irreparabile: ove tale tutela non fosse riconosciuta si finirebbe per attribuire all'amministrazione finanziaria una posizione prevalente non giustificata, con la conseguente violazione dell'art. 111, c. 2, Cost. che assicura la parità delle parti nel processo(36).

9. La giurisprudenza di merito medio tempore intervenuta.

La necessità che la questione della tutela cautelare nei gradi successivi al primo sia portata davanti alla Corte Costituzionale, ma nei corretti termini sopra individuati, si rende più impellente in considerazione del fatto che la strada additata dalla sent. n. 217/2010 cit. inizia ad essere intrapresa anche dalla giurisprudenza di merito, con il rischio della (acritica) reiterazione dei medesimi errori in cui, seppur autorevolmente, è "inciampata" la sent. n. 217/2010 cit..

Alludo, in particolare, alla successiva ordinanza della Commissione tributaria regionale Piemonte, 27 settembre 2010, n. 4(37), la quale ha ritenuto direttamente applicabile al processo tributario l'art. 373(38) c.p.c. subordinando l'ammissibilità dell'istanza di sospensione, *in primis*, alla dimostrazione «della pendenza del giudizio di Cassazione, mediante il certificato rilasciato dalla Cancelleria della Suprema Corte» (con l'effetto che tale mancata dimostrazione rende per ciò solo il ricorso cautelare inammissibile(39)), ed in secondo luogo, al fatto che nella pendenza del ricorso per cassazione sia stata attivata l'esecuzione coattiva (tale da causare un danno irreparabile, intendendosi come tale un danno insuscettibile in assoluto di ristorabilità per equivalente (ed, in ogni caso, senza alcuna possibilità di verifica del "fumus").

Sulla stessa "linea d'onda" dell'ordinanza della Regionale di Torino n. 4/2010, in tempi recenti, si segnala altresì l'ordinanza della Commissione Tributaria Regionale di Milano, 20 giugno 2011, la quale, proprio alla luce della sentenza n. 217/2010 della Corte Costituzionale, ha ritenuto possibile per il giudice tributario sospendere l'efficacia della sentenza della commissione tributaria provinciale gravata in appello, in presenza (ovviamente) del "fumus" e del "periculum". Tale sospensibilità sarebbe giustificata dal fatto che «fra le disposizioni fatte salve dall'art. 337 c.p.c., oltre all'art. 373 vi è l'art. 283 c.p.c. ai sensi del quale il giudice di appello, su istanza di

parte proposta con l'impugnazione principale o incidentale, "quando sussistono gravi e fondati motivi, anche in relazione alla possibilità di insolvenza di una delle parti, sospende in tutto o in parte l'efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza impugnata, con o senza cauzione".

Anche quest'ultima ordinanza della Regionale di Milano, seppure apprezzabile nel tentativo di estendere la tutela cautelare in appello, incorre nella stessa imprecisione in cui è incorsa la Corte Costituzionale con la sent. n. 217/2010 ricorrendo la tutela alla sospensione della (efficacia della) sentenza e non, invece, alla sospensione dell'atto impugnato. In senso contrario alle ordinanze n. 4/2010 della C.T.R. di Torino e 20 giugno 2011 della C.T.R. di Milano citate, si segnala l'ordinanza della Commissione Tributaria Regionale di Roma, Sez. IV, 12 gennaio 2011, n. 3, che ha ritenuto non estendibile al giudizio tributario la sospensione dell'efficacia della sentenza prevista dall'art. 373 c.p.c. in quanto «la norma di cui all'art. 373 c.p.c. non rientra tra quelle ritenute applicabili dall'art. 49 D.Lgs. n. 546/92 alle impugnazioni delle sentenze delle commissioni tributarie».

Secondo l'ordinanza della Regionale di Roma, alla sentenza della Corte Costituzionale non dovrebbe essere attribuita rilevanza decisiva in quanto «la sentenza n. 217/10 della Corte Costituzionale, invocata dal ricorrente quale pronuncia che avrebbe definitivamente chiarito in senso affermativo il problema dell'applicabilità dell'art. 373 c.p.c., al processo tributario, in realtà è una sentenza che, nel dichiarare l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 49 D.Lgs. 546/92 (...) lamenta che il rimettente ha ommesso completamente di valutare che "l'inapplicabilità al processo tributario della regola posta dal primo periodo del primo comma dell'art. 373 c.p.c., non comporta necessariamente l'inapplicabilità anche della eccezione prevista dal secondo periodo di quella disposizione e quindi non esclude di per sé la sospendibilità ope iudicis della esecuzione della sentenza di appello impugnata per Cassazione"; con ciò stesso limitandosi ad affermare semplicemente: la non automaticità della inapplicabilità della sospensione cautelare di cui all'art. 373 citato solo per effetto della censurata disposizione dell'art. 49 D.Lgs. 546/92; la conseguente possibilità di una diversa interpretazione; ed infine il correlativo obbligo di motivare aliunde, con differenti argomenti, la soluzione del problema».

Note:

(1) Così come efficacemente definito da C. Glendi nel suo intervento, in qualità di "coordinatore", al Convegno "La concentrazione della riscossione nell'accertamento", tenutosi a Sanremo il 3-4 giugno 2011, organizzato a cura della Fondazione Antonio Uckmar.

(2) E cioè la versione risultante dalle modificazioni apportate con il d.l. 13 maggio 2011, n. 70 - c.d. "decreto sviluppo" - conv. in l. 12 luglio 2011, n. 106, il quale, in particolare, ha introdotto la sospensione automatica di centottanta giorni dall'affidamento in carico all'Agente della riscossione degli atti indicati dalla lettera a) del comma 1 dell'art. 29 cit.

(3) Si ricorda che la riscossione frazionata delle sanzioni non comporta la riscossione dei relativi interessi in quanto l'art. 2, c. 3, d.lgs. n. 472/97 espressamente dispone che «la somma irrogata a titolo di sanzione non produce interessi».

(4) Per effetto dell'art. 3, c. 2, d.l. 25.3.2010, n. 40, conv. in l. 22.05.2010, n. 73, le disposizioni del presente articolo relative alle sentenze delle commissioni tributarie regionali si intendono applicabili alle decisioni della Commissione tributaria centrale.

(5) Il terzo comma dell'art. 68 cit. dispone che «le imposte suppletive debbono essere corrisposte dopo l'ultima sentenza non impugnata o impugnabile solo con ricorso in cassazione».

(6) Per quest'ultima, la disciplina dell'art. 15 d.p.r. n. 602 del 1973 si rende applicabile in virtù del richiamo operato dall'art. 23 del d.p.r. n. 46/1999.

(7) Che, in particolare, al comma 1, prevede che «il ricorso del contribuente non sospende la riscossione, a meno che si tratti: a) di imposta complementare per il maggior valore accertato. In tal caso la maggiore imposta deve essere pagata per un terzo entro il termine di cui all'articolo 55, per due terzi dell'imposta liquidata sul valore risultante dalla decisione della commissione tributaria di primo grado e per il resto dopo la decisione della commissione di secondo grado, in ogni caso al netto delle somme già riscosse (...); b) di imposte suppletive, che sono riscosse per intero dopo la decisione della commissione tributaria centrale o della corte d'appello o dell'ultima decisione impugnata».

(8) Che, in particolare, così dispone: «[1] il ricorso del contribuente non sospende la riscossione dell'imposta principale. La somma che risulta pagata in più in base alla decisione della controversia deve essere rimborsata d'ufficio al contribuente entro novanta giorni da quello in cui la decisione è divenuta definitiva. [2] L'imposta complementare, se il contribuente propone ricorso, deve essere pagata per un terzo entro il termine di cui all'art. 37, per due terzi dopo la decisione della commissione tributaria di primo grado e per il resto dopo la decisione della commissione tributaria di secondo grado, in ogni caso al netto delle somme già pagate (...).».

(9) Come è del resto confermato (almeno per le imposte dirette e per l'IVA) dal fatto che il comma 2 dell'art. 15 del d.p.r. n. 602/1973 (che disciplinava la riscossione frazionata a seguito della proposizione del ricorso) è stato abrogato dall'art. 37 del d.lgs. n. 46/1999.

(10) Così Cass. sent. n. 28091/2009 cit.

(11) Ad esempio, con la sent. n. 7831/2010 la Corte di Cassazione ha affermato che «non vi è contrasto alcuno tra la disposizione del D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 12, che regola la esecuzione coattiva in materia di ICI e che non prevede alcun frazionamento in caso di pendenza di giudizio tributario e quella in esame di cui all'art. 68 citato»; ed infatti, secondo la Cassazione, «la esecutività di un provvedimento autoritativo della pubblica amministrazione non è sospesa o interrotta dalla impugnazione dell'atto innanzi ad una autorità giurisdizionale. Per il caso di pendenza del procedimento innanzi alla commissione tributaria (ove non sia già intervenuta una sentenza di merito) l'unico rimedio esperibile per il contribuente è il ricorso alla procedura di cui al D.lgs. n. 546 del 1992, art. 47, facendo istanza di sospensione dell'atto impugnato (...).».

(12) Al riguardo, si ricorda che le Commissioni Tributarie erano originariamente denominate dal R.D. 8 luglio 1937, n. 1516, "Commissioni amministrative per le imposte dirette e per le imposte indirette sugli affari". Sul punto, Giannini A., *Istituzioni di diritto tributario*, Giuffrè, 1965, n. 227, riteneva «fondata la tesi che ravvisa nelle dette Commissioni degli organi amministrativi che svolgono la funzione amministrativa di accertamento dell'imposta, benché con le forme del contenzioso a garanzia dei diritti del contribuente».

(13) Si ricorda che ai sensi dell'art. 4 (rubricato "data di consegna dei ruoli") del D.M. 3 settembre 1999, n. 321, «per i ruoli trasmessi al CNC fra il giorno 1 ed il giorno 15 del mese, la consegna al concessionario si intende effettuata il giorno 25 dello stesso mese; per i ruoli trasmessi al CNC fra il giorno 16 e l'ultimo giorno del mese, la consegna al concessionario si intende effettuata il giorno 10 del mese successivo».

(14) All'art. 7, c. 2, lett. n), n. 3.

(15) Con la disposizione di cui al n. 3, lett. n), c. 2, art. 7.

(16) Aggiungendo all'art. 7, c. 2, lett. n), n. 3, del d.l. n. 70/2011, il numero "3-bis".

(17) Con l'art. 7, c. 2, lettera gg-novies.

(18) Che così dispone: «Decorso inutilmente il termine previsto dal-

l'articolo 25, comma 2, sulle somme iscritte a ruolo esclusi le sanzioni pecuniarie tributarie e gli interessi si applicano, a partire dalla data della notifica della cartella e fino alla data del pagamento, gli interessi di mora al tasso determinato annualmente con decreto del Ministero delle finanze con riguardo alla media dei tassi bancari attivi».

(19) Cfr. art. 17 del d.lgs. 13 aprile 1999, n. 112.

(20) Così l'art. 1, c. 150, d.lgs. n. 244/2007.

(21) Cfr. artt. 35 e 37 d.lgs. n. 546/92.

(22) In *GT - Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2010, 841, con commento di F. Randazzo, *Poteri di sospensione del giudice di secondo grado in pendenza del ricorso in cassazione: un importante passo in avanti verso la pienezza della tutela cautelare*, ed in *Corr. Trib.* 2010, 2406 con commento di C. Glendi, *Verso la costituzionalizzazione della tutela cautelare oltre il primo grado*.

(23) E ciò, in particolare, con l'ord. n. 325/2001, con l'ord. n. 217/2000 e con la sent. n. 165/2000. Viceversa, con l'ord. n. 119/2007 la Corte Costituzionale ha dichiarato "manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 49 del D.lgs. n. 546/92 (Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 della legge 30 dicembre 1991, n. 413) e dell'art. 30, c. 1, l. n. 413/91, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost.

(24) Così, in particolare, la sent. n. 165/2000 cit.

(25) Così, in particolare, l'ord. n. 217/2000 cit.

(26) In particolare, il comma 1 dispone che «*il ricorrente, se dall'atto impugnato può derivargli un danno grave ed irreparabile, può chiedere alla commissione provinciale competente la sospensione dell'esecuzione dell'atto stesso con istanza motivata proposta nel ricorso o con atto separato notificato alle altre parti e depositato in segreteria sempre che siano osservate le disposizioni di cui all'art. 22*».

Il successivo comma 7 dispone invece che «*gli effetti della sospensione cessano dalla data di pubblicazione della sentenza di primo grado*».

(27) Il comma 2 dell'art. 19 cit. dispone infatti che «*la commissione tributaria regionale può sospendere l'esecuzione, applicando, in quanto compatibili, le previsioni dell'articolo 47 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546*».

(28) Capo II così intitolato: «*I procedimenti cautelare e conciliativo*»

(29) Nonostante che il rinvio operato dall'art. 61 cit. sia però un rinvio "generale" a tutte le norme dettate per il procedimento di primo grado (in quanto compatibili). Per un maggior approfondimento si veda C. Consolo - C. Glendi, *Commentario breve alle leggi del processo tributario*, Padova, 2010.

(30) Che così recita: «*alle impugnazioni delle sentenze delle commissioni tributarie si applicano le disposizioni del titolo III, capo I, del libro II del codice di procedura civile, escluso l'art. 337 e fatto salvo quanto disposto nel presente decreto*».

(31) Che così dispone al primo comma: «*L'esecuzione della sentenza non è sospesa per effetto dell'impugnazione di essa, salve le disposizioni degli artt. 283, 373, 401 e 407*».

(32) Che riguarda l'attribuzione al giudice di appello del potere di sospendere, in tutto o in parte, l'efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza impugnata quando sussistono gravi e fondati motivi.

(33) Che attribuisce al giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata innanzi alla Corte di Cassazione, di sospenderne l'esecuzione se da tale esecuzione possa derivare un danno grave ed irreparabile.

(34) In questi termini, C. Glendi, *La tutela cautelare del contribuente nel processo tributario riformato (art. 47 del D.Lgs. n. 546 del 1992 e norme complementari)*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1999, I, 113 - 114.

(35) In questo termini C. Glendi, *Verso la costituzionalizzazione della tutela cautelare oltre il primo grado*, in *Corr. Trib.* 2010, 2406.

(36) M. Messina, *La tutela cautelare oltre il primo grado di giudizio*, in *Corr. Trib.*, 2007, 3077.

(37) Commentata criticamente da C. Glendi, *Presupposti per la sospensione dell'esecuzione della sentenza in caso di ricorso per cassazione*, in *GT-Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2011, 73.

(38) Che attribuisce al giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata innanzi alla Corte di Cassazione, di sospenderne l'esecuzione se da tale esecuzione possa derivare un danno grave ed irreparabile.

(39) Come avvenuto nel caso deciso dalla Commissione torinese che, tra l'altro, aveva rigettato l'istanza anche ritenendo insussistente il *periculum*.

Sezione di diritto penale

Massime

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 14 novembre 2011 - Giudice Giacalone.

CIRCOLAZIONE stradale - guida in stato di ebbrezza - confisca autoveicolo - appartenenza a persona estranea al reato.

(Art. 186 C.d.S.)

In tema di confisca del veicolo in seguito alla violazione dell'art. 186 C.d.S., non integra la nozione di appartenenza a persona estranea al reato la mera intestazione a terzi del bene mobile utilizzato per realizzare il reato stesso, quando precisi elementi di fatto consentano di ritenere che l'intestazione sia del tutto fittizia e che in realtà sia l'autore dell'illecito ad avere la sostanziale disponibilità del bene. Il terzo intestatario del veicolo, per avere diritto alla restituzione, non basta che allegghi il suo diritto reale sul bene, ma deve risultare del tutto estraneo al reato ed in buona fede. Ove però non si raggiunga una prova certa sulla mancanza o sulla sussistenza di tali circostanze, il veicolo non può essere sottoposto a confisca.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 22 novembre 2011 - Giudice Baldini.

CIRCOSTANZE del reato - recidiva - obiettiva modestia e risalenza temporale degli unici due precedenti penali per delitto - non particolarmente allarmante pericolosità sociale dell'imputato - esclusione.

(Art. 99 c.p.)

In tema di recidiva, qualora si riscontri l'obiettiva modestia e la risalenza temporale dei precedenti penali per delitto riportati (nel caso di specie due, uno per lesioni e l'altro per violazione degli obblighi di cui all'art. 6, c. 2, L. 401/1989) può ritenersi che ciò denoti una non particolarmente allarmante pericolosità sociale dell'imputato, il che consente di escludere la recidiva contestata e di conseguentemente elidere i pesanti effetti (sotto il profilo sanzionatorio) ad essa connessi.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 12 gennaio 2012 - Giudice Orsini.

DELITTI contro il patrimonio - rapina - aggravante della violenza o minaccia commessa da più persone riunite - effettiva simultanea presenza di non meno di due persone nel luogo e nel momento del fatto - necessità.

(Art. 628, c. 3 n. 1 c.p.)

CIRCOSTANZE attenuanti - circostanza attenuante del risarcimento del danno con riferimento al delitto di rapina - risarcimento integrale del danno con riferimento sia al danno patrimoniale sia al danno morale - necessità.

(Art. 62 n. 6 c.p.)

ARMI - reati di detenzione di armi o di parti di esse - detenzione di coltelli di modeste dimensioni - applicabilità della diminuzione speciale del caso di lieve entità ex art. 4, comma 3, Legge 110/1975 - esclusione.

(Art. 4 Legge n. 110/1975).

In tema di rapina, ricorre la circostanza aggravante delle più persone riunite, nel caso di effettiva simultanea presenza di non meno di due persone nel luogo e nel momento del fatto, per il maggior effetto di intimidazione che la presenza di più persone esercita sulla vittima e ciò in quanto la ragione dell'aggravamento di pena non deriva dalla maggiore pericolosità insita nella compartecipazione di più soggetti nel medesimo reato (circostanza che rileva ai fini della sussistenza del concorso di persone nel reato), ma dal maggiore effetto intimidatorio che la presenza di più persone esercita sull'animo e sulla volontà della vittima. Perché si realizzino sufficienti effetti psicologici sulla vittima è, pertanto, necessaria e sufficiente la effettiva simultanea presenza di non meno di due persone nel luogo e nel momento del fatto, presenza che, se si verifica, integra l'aggravante della violenza o minaccia commessa da "più persone riunite" (nel caso di specie la ricorrenza di tale aggravante era stata esclusa perché nel momento in cui l'indagato aveva esercitato la violenza per opporsi all'arresto - si trattava di una rapina impropria - il suo complice era in fuga e quindi ormai lontano dal luogo del fatto).

Nel delitto di rapina, il requisito dell'integrale risarcimento del danno va verificato in funzione del duplice oggetto della condotta dell'agente in relazione all'interesse protetto dalla norma di cui all'art. 628 c.p. e quindi deve comprendere oltre al danno cagionato contro il patrimonio dall'azione diretta di impossessamento della cosa anche quello fisico o morale prodotto all'incolumità personale o alla libertà individuale della persona offesa.

La diminuzione speciale di cui all'art. 4, comma 3, della Legge n. 110/75 è applicabile nei casi di lieve entità riferibili al porto dei soli "oggetti atti a offendere", ricollegandosi ai commi precedenti di detta norma nei quali si distinguono gli strumenti atti a offendere dalle "armi da punta e taglio", tale circostanza attenuante non può dunque trovare applicazione nel caso di porto di armi da taglio di modeste dimensioni.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 5 dicembre 2011 - Giudice Orsini.

DELITTI contro la fede pubblica - falsa attestazione o dichiarazione ad un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri - casistica.

(Art. 495 c.p.)

Sussiste il reato previsto dall'art. 495 c.p. quando le dichiarazioni false sono destinate ad essere inserite nei cartellini fotosegnalatici, in quanto tali schede, compilate dagli organi di polizia giudiziaria, hanno natura di atto pubblico perché formate da pubblico ufficiale nell'esercizio di un potere autoritativo conferitogli dalla legge.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 21 dicembre 2011 - Giudice Carpanini.

DELITTI contro la libertà individuale - delitto di estorsione - causazione di un danno patrimoniale alla persona offesa dal reato - assenza - delitto di estorsione - esclusione - delitto di violenza privata - configurabilità.

(Artt. 629 e 610 c.p.)

In tema di delitti contro la libertà individuale, qualora la coartazione da parte dell'agente sia diretta a procurarsi un ingiusto profitto, anche di natura non patrimoniale, ma sia assente l'altrui danno - che rivesta connotazione di ordine patrimoniale e consista in una effettiva deminutio patrimonii - ricorre il delitto meno grave di violenza privata e non quello di estorsione considerato che entrambe le fattispecie incriminatrici in questione tutelano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, ma ricorre il delitto di violenza privata nel caso in cui la coartazione, ancorché sia preordinata a procurare al soggetto attivo un ingiusto profitto, non provochi un danno patrimoniale alla parte lesa.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 31 ottobre 2011 - Giudice Fucigna.

DELITTI contro l'amministrazione della giustizia - evasione - condizioni fisiche dell'imputato - impossibilità di rispondere al controllo di p.g. - abuso di sostanze alcoliche - insussistenza.

(Art. 385 c.p.)

CIRCOSTANZE del reato - recidiva - facoltatività - singola situazione processuale - condizioni socioeconomiche dell'imputato - risalenza temporale dei precedenti - esito delle analisi sulla sostanza stupefacente - esclusione.

(Art. 99 c.p.)

Si deve dichiarare il non doversi procedere in ordine al reato di evasione perché il fatto non sussiste, quando l'imputato, all'atto del controllo della P.G., si trovi in condizioni fisiche tali da non permettergli di rispondere al controllo (nella specie, è emerso infatti che l'imputato il pomeriggio del fatto aveva abusato nell'assunzione di bevande alcoliche e aveva di conseguenza perso i sensi).

L'applicazione della recidiva è ipotesi facoltativa che quindi può essere esclusa alla luce della singola situazione processuale, delle condizioni socioeconomiche dell'imputato e della risalenza temporale dei precedenti e visto l'esito delle analisi sulla sostanza stupefacente in sequestro.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 27 ottobre 2011 - Giudice Baldini.

DELITTI contro l'amministrazione della giustizia - falsa testimonianza - accertamento dell'elemento soggettivo - dolo generico.

(Art. 372 c.p.)

Il tempo trascorso tra i fatti e la deposizione in giudizio (neanche

due anni), nonché la particolarità della vicenda oggetto di deposizione, consentono di escludere che la condotta processuale sia ascrivibile a mera dimenticanza o disattenzione (l'imputato assunto a s.i.t. in corso di indagine, aveva poi negato di aver rilasciato dichiarazioni alla Polizia sulla vicenda in merito alla quale veniva escusso).

Poiché il dolo tipico del reato di falsa testimonianza è quello generico, l'elemento soggettivo sussiste ogni qualvolta vi è l'intendimento di dire il falso ovvero di tacere quanto a propria conoscenza.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 17 novembre 2011 - Giudice Baldini.

DELITTI contro la persona - omicidio - tentativo - elemento soggettivo - dolo diretto - dolo alternativo - compatibilità.

(Artt. 575, 56, 43 c.p.)

In tema di delitti omicidiari, deve qualificarsi come dolo diretto e non meramente eventuale quella particolare manifestazione di volontà dolosa definita dolo alternativo che sussiste allorché l'agente si rappresenta e vuole indifferentemente l'uno o l'altro degli eventi causalmente ricollegabili alla sua condotta cosciente e volontaria, sicché già al momento della realizzazione dell'elemento oggettivo del reato egli deve prevederli entrambi (nel caso concreto era stata affermata la sussistenza della volontà omicida ed era stato conseguentemente ritenuto configurabile il delitto di tentato omicidio e non quello di lesioni personali volontarie, in considerazione di diversi elementi indizianti di carattere oggettivo quali le caratteristiche del coltello utilizzato per commettere il fatto, la posizione degli antagonisti, la violenza e profondità del colpo inferto, la zona del corpo attinta e l'adeguatezza causale dell'azione criminosa).

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 19 dicembre 2011 - Giudice Baldini.

DELITTI contro la persona - omicidio - tentativo - elemento materiale - elemento soggettivo - dolo diretto non intenzionale - dolo alternativo.

(Art. 575 c.p.)

In ragione del mezzo adoperato, del numero e della zona attinta dai reiterati fendenti (uno dei quali portato alla regione del collo che sottende l'arteria carotidea, vale a dire una delle più vitali del corpo umano, in quanto attraversata da importanti vasi sanguigni fra i quali la carotide e la giugulare - che, laddove lacerati, sono tali da determinare una rapida e massiva emorragia idonea a cagionare la morte per dissanguamento) la condotta delittuosa va ritenuta idonea a cagionare la morte della persona offesa.

La tipologia e la localizzazione delle ferite causate alla persona offesa, nonché lo strumento utilizzato dal giudicabile come arma, rendono per l'appunto del tutto evidente come quest'ultimo - pur non avendo verosimilmente di mira come scopo ultimo della propria azione criminosa l'evento morte del proprio connazionale - in quei concitati momenti che seguirono l'accesso alterco con la vit-

tima, agì con furia cieca e distruttiva rappresentandosi la realizzazione di un simile exitus quale conseguenza altamente probabile se non certa, della propria condotta (evento peraltro di fatto non verificatosi esclusivamente grazie alla fortunata circostanza di non avere reciso la carotide della vittima, soltanto sfiorata dal coccio di bottiglia).

Qualora l'atteggiamento psichico dell'agente rientri in quella particolare categoria di dolo definita quale dolo diretto non intenzionale (elemento soggettivo che si pone a livello intermedio fra il c. d. dolo eventuale ed il c. d. dolo diretto), è configurabile il tentativo che è perfettamente compatibile con tale forma di dolo.

In tema di delitti omicidiari, deve qualificarsi come dolo diretto, e non meramente eventuale, - e quindi compatibile con il tentativo - quella particolare manifestazione di volontà dolosa definita dolo alternativo che sussiste allorché l'agente si rappresenta e vuole indifferentemente l'uno o l'altro degli eventi causalmente ricollegabili alla sua condotta cosciente e volontaria, sicché già al momento della realizzazione dell'elemento oggettivo del reato egli deve prevederli entrambi.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 6 dicembre 2011 - Giudice Orsini.

DELITTI contro la persona - prostituzione minorile - induzione - opera di convincimento dell'imputato - non particolare invasività - giovanissima età e inesperienza delle vittime - idoneità a superare la resistenza di minori degli anni quattordici - sussistenza.

(Art. 600 bis, c. 1 c.p.)

DELITTI contro la persona - prostituzione minorile - induzione - giovanissima età delle persone offese - situazione economica non florida - divisa da volontario dell'imputato - sussistenza.

(Artt. 600 bis, c. 1 e 600 sexies, c. 1, c.p.)

PROVE - valutazione della prova - testimonianza della sola persona offesa - necessità di vagliare le dichiarazioni - riscontro di credibilità oggettiva e soggettiva.

(Art. 192 c.p.p.)

Deve ritenersi applicabile l'art. 600 bis, c. 1, anche al caso in cui il soggetto abbia indotto minorenni ad aver rapporti retribuiti solo con l'agente stesso, quando nella fattispecie esaminata siano provate una serie di condotte e una articolata opera di convincimento dell'imputato al fine di vincere la resistenza di minori degli anni quattordici e di persuaderli ad intrattenere con lui rapporti sessuali previo pagamento di una somma di denaro o dazione di regali. Quando, in altri termini, l'attività posta in essere dall'imputato in relazione alla giovanissima età e alla inesperienza delle vittime, anche se non particolarmente invasiva, appaia idonea a superare le resistenze dei minori e a determinarli ad avere rapporti sessuali a fronte del corrispettivo di una retribuzione.

In tema di delitti ex art. 600 bis c.p. costituisce induzione l'aver approfittato della giovanissima età delle persone offese, della loro situazione economica non florida e dell'impatto che la divisa da volontario, che l'imputato indossava, conferiva agli occhi delle vittime (Nella specie, l'uomo indossava una tuta della Pubblica Assistenza Croce Verde).

In tema di valutazione della prova, qualora si tratti di testimonianza della persona offesa dal reato, è necessario vagliare le dichiarazioni di quest'ultima con l'opportuna cautela, compiendo cioè un esame particolarmente penetrante e rigoroso attraverso una conferma di altri elementi probatori (non necessariamente riscontri esterni), di talché tale testimonianza può essere assunta, anche da sola come fonte di prova, se sottoposta a detto riscontro di credibilità oggettiva e soggettiva, attraverso un esame di essa, che tenga conto delle circostanze e modalità dell'accaduto e di tutto quanto possa concorrere ad assicurare il controllo della credibilità oggettiva e soggettiva del dichiarante.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 7 novembre 2001 - Giudice Fucigna.

DELITTI contro la persona - violenza sessuale - atti sessuali - abuso delle condizioni di inferiorità psichica o fisica della persona offesa al momento del fatto - sussistenza.

(Art. 609 bis comma 2, n. 1 c.p.)

In tema di violenza sessuale ai danni di soggetti che si trovano in stato di inferiorità fisica o psichica, l'induzione sufficiente alla sussistenza del reato non si identifica solamente nell'attività di persuasione esercitata sulla persona offesa per convincerla a prestare il proprio consenso all'atto sessuale, bensì consiste in ogni forma di sopraffazione posta in essere senza ricorrere ad atti costrittivi ed intimidatori nei confronti della vittima, la quale, non risultando in grado di opporsi a causa della sua condizione di inferiorità, soggiace al volere dell'autore della condotta diventando strumento di soddisfazione delle voglie sessuali di quest'ultimo.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 9 gennaio 2012 - Giudice Bossi.

DELITTI contro la persona - violenza sessuale - elemento soggettivo - coscienza e volontà di compiere un atto invasivo e lesivo della libertà sessuale - irrilevanza del fine ulteriore - sussistenza -

(Art. 609 bis c.p.)

DELITTI contro la persona - fatto di minore gravità - valutazione globale del fatto - componenti oggettive del reato - età della persona offesa - assenza di congiunzione carnale - contesto familiare - minor difesa della vittima - durata dell'attività delittuosa - effetti lesivi sulle condizioni psicologiche della vittima - esclusione.

(Artt. 609 bis e 609 ter c.p.)

PROVE - valutazione della prova - testimonianza della sola persona offesa - attitudine a fondare anche in via esclusiva il giudizio di responsabilità - non necessità di riscontri - costituzione di parte civile - vaglio dell'attendibilità del dichiarante.

(Art. 192 c.p.p.)

L'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale consiste nella coscienza e volontà di compiere un atto invasivo e lesivo della li-

bertà sessuale della persona non consenziente, restando pertanto irrilevante l'eventuale fine ulteriore, sia esso di concupiscenza, ludico o d'umiliazione, propostosi dal soggetto agente.

Ai fini della configurabilità dell'attenuante prevista dall'art. 609 bis, c. 3, c.p., si deve fare riferimento ad una valutazione globale del fatto, non limitata alle sole componenti oggettive del reato, così da potere ritenere che la libertà sessuale personale della vittima sia stata compressa in maniera non grave, anche in relazione all'età della stessa. Non è, dunque, sufficiente, per il riconoscimento dell'attenuante, l'assenza di congiunzione carnale tra vittima e autore del reato, in quanto occorre valutare il fatto nella sua complessità. In particolare, il contesto familiare in cui è maturata la vicenda, la minor difesa della vittima ancora minorenni all'inizio degli abusi, la durata dell'attività delittuosa prolungatasi per anni, nonché i gravi effetti lesivi conseguenti alla condotta sulle condizioni psicologiche della vittima, sono tutte circostanze che escludono una connotazione del fatto in termini di minore gravità.

In tema di violenza sessuale, la prova della responsabilità risiede nelle dichiarazioni della persona offesa. Sotto il profilo giuridico, il principio che presiede alla valutazione di tale prova dichiarativa è quello della natura testimoniale e pertanto dell'attitudine a fondare anche in via esclusiva il giudizio di responsabilità, senza alcuna necessità di riscontri, pur in presenza di un interesse di cui è naturalmente portatore il dichiarante ed anche quando questi assuma iniziative processuali come la costituzione di parte civile. E' noto peraltro come si richieda particolare attenzione e rigoroso vaglio dell'attendibilità del dichiarante, condotto sotto ogni profilo rilevante secondo i consueti criteri di riferimento indicati come essenziali al giudizio in questione, per evidenziare eventuali fattori inquinanti della genuinità dell'accusa, a partire dalla genesi delle dichiarazioni stesse, nonché dell'intrinseca verosimiglianza e della coerenza delle dichiarazioni, se rese in contesti e in tempi diversi.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 22 novembre 2011 - Giudice Baldini.

DELITTI contro l'autorità giudiziaria - esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone - assorbimento altre figure di reato.

(Art. 393 c.p.)

Nell'ambito della fattispecie delittuosa di "ragion fattasi" di cui all'art. 393 c.p., devono ritenersi assorbiti quei fatti che, pur costituendo di per se stessi reato, rappresentino elementi costitutivi del primo, quali, per l'appunto, le minacce, la violenza privata o le semplici percosse. Non può ritenersi assorbito, invece, il reato di lesioni, che concorre con il primo.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 13 ottobre 2011 - Giudice Fucigna.

GUIDA in stato di ebbrezza - tempo trascorso tra la contestazione del reato e l'accertamento alcolimetrico - irrilevanza.

(Artt. 186, D.Lgs. n. 285/1992)

In tema di guida in stato di ebbrezza il tempo trascorso tra la contestazione del reato e il successivo controllo è un dato irrilevante in quanto è dato pacifico che dopo un certo periodo di tempo il tasso alcolico diminuisce e quindi è evidente che, se il controllo fosse stato effettuato immediatamente, probabilmente il tasso sarebbe stato superiore a quello accertato.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 9 dicembre 2011 - Giudice Carpanini.

IMPUNITABILITÀ- ubriachezza volontaria o colposa.

(Art. 92 c.p.)

TENTATIVO - elemento soggettivo - dolo alternativo compatibilità.

(Art. 56 c.p.)

L'imputato, con pregressi problemi di alcolismo, era consapevole delle conseguenze che gli avrebbe procurato abusare di alcolici e, ciò nonostante, ha bevuto; vale quindi senz'altro la regola generale in tema di imputabilità per cui la stessa non è esclusa né diminuita dall'ubriachezza (così come dall'assunzione di stupefacenti) a meno che non sia conseguenza di un caso fortuito o forza maggiore. Ciò peraltro non esime dal dovere di accertamento della colpevolezza attraverso l'indagine sull'atteggiamento psicologico tenuto dall'agente al momento della commissione del fatto imputato.

In un'ipotesi di tentato omicidio, occorso all'esito di un inseguimento in auto, poco importa cosa inizialmente l'agente avesse in mente, in quanto, comunque, quello che rileva è il suo comportamento finale, magari maturato durante il tragitto.

L'obiettivo dell'imputato, pur in una mente obnubilata, pare univoco alla luce dei tentativi di investimento reiterati anche alla presenza dei carabinieri e nei loro stessi confronti, oltre che sulla scorta delle sue stesse manifestazioni verbali della volontà di uccidere i suoi avversari, così da non poter dar adito al dubbio di una diversa qualificazione.

Il dolo eventuale non è configurabile nel caso di delitto tentato, in quanto è ontologicamente incompatibile con la direzione univoca degli atti compiuti nel tentativo, che presuppone il dolo diretto. Al contrario vi è compatibilità tra tentativo penalmente punibile e dolo alternativo, poiché la sostanziale equivalenza dell'uno e dell'altro evento, che l'agente si rappresenta indifferentemente, entrambi come eziologicamente collegabile alla sua condotta e alla sua cosciente volontà comporta che questa forma di dolo è diretta, atteso che ciascuno degli eventi è ugualmente voluto dal reo.

CR.BR.

Tribunale di Genova, 19 aprile 2012 - Giudice Vignale (1)

MISURE CAUTELARI - misure cautelari personali - esigenze cautelari - decorso del tempo - affievolimento - permanenza situazione che ha giustificato la misura - esclusione - rinvio per astensione del difensore - irrilevanza.

(Artt. 273 c.p.p.)

In caso di seguito di procedimento per direttissima, nel caso in cui

la situazione che ha giustificato l'applicazione della misura sia immutata, il mero decorso del tempo non può fare venir meno le esigenze cautelari, a nulla rilevando il fatto che uno dei rinvii dell'udienza fosse dovuto ad astensione del difensore.

(1) Si riporta il provvedimento per intero

Il Giudice letta l'istanza retroscritta rilevato che le esigenze cautelari non possono ritenersi venute meno per il solo effetto del decorso del tempo e che la situazione che ha giustificato l'applicazione della misura è immutata sicché immutato è il pericolo di reiterazione di reati della stessa specie di quello per cui si procede

rilevato che il difensore ha scelto di astenersi dall'udienza pur sapendo che l'imputato era sottoposto ad obblighi e lo stesso imputato ha espressamente consentito a che ciò avvenisse essendo noto ad entrambi che dato il carico di lavoro della scrivente, il rinvio non avrebbe potuto essere breve

ritenuto pertanto che l'istanza di revoca non possa trovare accoglimento pqm respinge l'istanza.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 10 gennaio 2012 - Giudice Borzone.

MISURE di sicurezza patrimoniali - confisca ex art. 12 sexies D.L. 306/92 - confisca obbligatoria - confisca ex art. 648 quater c.p. - confisca per equivalente - natura sanzionatoria - concorso - ammissibilità.

(Artt. 648 bis e 648 quater c.p.; art. 12 sexies D.L. 306/92).

La condanna per il reato di cui all'art. 648 bis c.p., comporta necessariamente la confisca di quanto sottoposto a sequestro ai sensi dell'art. 321, comma 2, c.p.p. in base al disposto di cui all'art. 12 sexies D.L. 306/92 che disciplina un'ipotesi di confisca obbligatoria avente ad oggetto il denaro, i beni o le altre utilità di cui il condannato non possa giustificare la provenienza.

Al riconoscimento della penale responsabilità per il reato di riciclaggio consegue inoltre, obbligatoriamente, la confisca per equivalente di cui all'art. 648 quater c.p che ha natura sanzionatoria, colpisce le risorse dell'imputato in equivalenza rispetto al prodotto o profitto del reato realizzato e può concorrere con quella ordinata ai sensi dell'art. 12 sexies D.L. 306/92, disposta su beni distinti.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 21 novembre 2011 - Giudice Orsini.

PROVE - valutazione della prova - testimonianza della persona offesa.

(Art. 192 c.p.p.)

MALTRATTAMENTI in famiglia - elemento soggettivo.

(Art. 572 c.p.)

La testimonianza della parte lesa può essere assunta, da sola, come fonte di prova, qualora venga sottoposta ad un esame penetrante e rigoroso, che tenga conto della costanza ed uniformità dell'accusa, delle circostanze e modalità dell'accaduto e di tutto quanto possa concorrere ad assicurare il controllo della credibilità oggettiva e soggettiva del dichiarante.

Per la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p. non si richiede una intenzione di sottoporre il convivente in modo continuo ed abituale, a una serie di sofferenze fisiche e morali, ma solo la consapevolezza dell'agente di persistere in un'attività vessatoria.

È sufficiente la sussistenza della coscienza e volontà di commettere una serie di fatti lesivi della integrità fisica e della libertà o del decoro della persona offesa in modo abituale. Un intento dunque riferibile al ripetersi della condotta e perfettamente compatibile con la struttura abituale del reato, attestata da un comportamento che solo progressivamente è in grado di realizzare il suo risultato. La conseguenza è che il momento soggettivo che travalica le singole parti della condotta e che esprime il dolo del delitto di maltrattamenti può ben realizzarsi in modo graduale, venendo esso a costituire il dato unificatore di ciascuna delle componenti oggettive e prevaricatorie, già posta in essere altre volte, la quale riveli, attraverso l'accettazione dei singoli episodi, una inclinazione della volontà a maltrattare e soffocare il proprio familiare.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 13 dicembre 2011 - Giudice Orsini.

PROVE - valutazione della prova - testimonianza della sola persona offesa.

(Art. 192 c.p.p.)

In tema di valutazione della prova, qualora si tratti di testimonianza della persona offesa dal reato, è necessario vagliare le dichiarazioni di quest'ultima con ogni opportuna cautela, compiendo cioè un esame particolarmente penetrante e rigoroso attraverso una conferma di altri elementi probatori (non necessariamente riscontri esterni), di talché tale testimonianza può essere assunta, anche da sola, come fonte di prova, se sottoposta a detto riscontro di credibilità oggettiva e soggettiva, attraverso un esame di essa, che tenga conto delle circostanze e modalità dell'accaduto e di tutto quanto possa concorrere ad assicurare il controllo della credibilità oggettiva e soggettiva del dichiarante.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 30 novembre 2011 - Giudice Carpanini.

REATI FALLIMETARI - bancarotta fraudolenta documentale - delega delle operazioni contabili - esenzione dalla responsabilità per l'imprenditore - esclusione.

(Artt. 223, comma 1 e 216, comma 1 n. 2 R.D. 267/1942)

REATI FALLIMETARI - bancarotta fraudolenta documentale - dolo generico - necessità - dolo specifico - esclusione.

(Artt. 223, comma 1 e 216, comma 1 n. 2 R.D. 267/1942)

Gli obblighi di regolare tenuta delle scritture contabili gravano personalmente sull'imprenditore e il ricorrere all'ausilio di tecnici nulla muta in ordine alla titolarità di tali obblighi; l'imprenditore, pertanto, non va esente da responsabilità per aver affidato a un

collaboratore le operazioni contabili, dovendosi presumere che i dati siano stati trascritti secondo le indicazioni e i documenti forniti dall'imprenditore medesimo.

L'integrazione del reato di bancarotta fraudolenta documentale di cui alla seconda ipotesi dell'art. 216, comma 1, n. 2 della Legge Fallimentare richiede il dolo generico, ossia la consapevolezza che la confusa tenuta della contabilità renderà o potrà rendere impossibile la ricostruzione delle vicende del patrimonio, in quanto la locuzione "in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari" connota la condotta e non la volontà dell'agente, sicché è da escludere che essa configuri il dolo specifico.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 27 febbraio 2012 - Giudice Baldini.

REATI fallimentari - bancarotta fraudolenta documentale - parte della contabilità sociale prodotta o reperita - denuncia per furto del computer e di classificatori contenenti documentazione contabile - elemento soggettivo - coscienza e volontà di non tenere una regolare contabilità - esclusione - irregolarità - macroscopica negligenza - derubricazione nel reato di bancarotta semplice.

(Artt. 216, c. 1, n. 2, e 217, R.D. 267/1942)

In relazione al reato di bancarotta fraudolenta documentale, qualora - come nel caso di specie - una pur minima parte della contabilità sociale sia stata prodotta o comunque reperita dal curatore fallimentare ed il giudicabile abbia documentato di avere sporto denuncia del furto di un computer e di alcuni classificatori contenenti documentazione contabile direttamente riferibili alla società fallita, può escludersi che costui abbia agito con la coscienza e volontà di non tenere una regolare contabilità e con la consape-

volezza che ciò avrebbe reso impossibile la ricostruzione delle vicende del patrimonio sociale, ben potendosi al contrario ed assai più ragionevolmente sostenere che le conclamate irregolarità siano da attribuirsi ad una (pur macroscopica) negligenza. Il che consente di derubricare il più grave delitto di bancarotta fraudolenta documentale in quello di bancarotta semplice ai sensi dell'art. 217 R.D. 267/1942.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 23 novembre 2011 - Giudice Orsini.

RICICLAGGIO - condotta a forma libera.

(Art. 648bis c.p.p.)

Il delitto di riciclaggio è a forma libera, grazie alla previsione di chiusura che, alle condotte di sostituzione o trasferimento, ha aggiunto qualsiasi altra operazione atta ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del bene ed è, quindi, pacifico che possa trattarsi di operazioni anche meramente materiali sui beni (diversamente, sarebbe bastato ad integrare il delitto di trasferimento della res, già previsto come condotta rilevante nell'originaria formulazione della norma incriminatrice), purché tali da ostacolare "l'identificazione della loro provenienza delittuosa". Ne consegue che la condotta dei soggetti attivi del reato può incidere tanto sulla mera identità del bene, ovvero sulla sua "riconoscibilità", quanto sulla "tracciabilità" del suo percorso; per escludere il delitto di riciclaggio, dunque, non basta che il bene resti astrattamente tracciabile se poi, proprio in forza di interventi di manomissione delle sue componenti, se ne altera l'identità in modo da non renderlo più riconoscibile e, per converso, un bene può restare fisicamente identico e, ciò nondimeno, di difficile tracciabilità a cagione di plurimi trasferimenti dopo essere stato sottratto alla sfera di controllo del suo titolare.

CR.BR.