

Nuova



GIURISPRUDENZA

ligure

RIVISTA QUADRIMESTRALE

Anno XIV n. 3 SettembreDicembre 2012

Poste Italiane. Spediz. in A.p. 45% - Art. 2 Comma 20/B - Legge 662/96 - Dir. 662/96 - Direzione Commerciale Genova - Tassa Pagata/Taxe Perçue - Contiene I.R. - n. 3/annoXIV € 15,50



DIRITTO CIVILE

Tribunale di Genova, 21 settembre 2012
Condominio e consumatore

Tribunale di Genova, 10 ottobre 2002
Corte d'Appello di Genova, 11 luglio 2009
Corte di Cassazione, 2 maggio 2012
Danno da nascita indesiderata

Tribunale di Genova, 1 agosto 2011
Corte d'Appello di Genova, 22 settembre 2012
Affido condiviso

Andrea Fusaro
*La determinazione dell'oggetto
del contratto di incarico professionale*

FAMIGLIA E MINORI

Tribunale per i Minorenni di Genova,
decr. 26 settembre 2012
Affido condiviso

Gilda Ferrando
*Crisi coniugale e rimedi legali
I rapporti tra separazione e divorzio*

DIRITTO AMMINISTRATIVO E COSTITUZIONALE REGIONALE

Corte Costituzionale, 31 maggio 2012
Scarichi domestici e codice dell'ambiente

DIRITTO PENALE

Tribunale di Genova, sez. riesame, ord. 13 gennaio 2012
Custodia cautelare in carcere e condizioni di salute

NUOVA GIURISPRUDENZA LIGURE

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

Comitato Scientifico:

Guido Alpa, Camillo Belfiore, Sergio Maria Carbone, Paolo Comanducci, Pasquale Costanzo, Andrea D'Angelo, Antonino Dimundo, Luciano Di Noto, Michele Marchesiello, Corrado Marvasi, Vito Piergiovanni, Paolo Pisa, Adriano Sansa, Stefano Savi, Alessandro Vaccaro

Comitato di Direzione:

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

Redazione:

Coordinamento

Alessandro Barca

sezione di diritto civile:

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

sezione famiglia e minori:

Rossella Atzeni, Cinzia Miniotti

sezione mediazione, conciliazione e arbitrato:

Cesare Bruzzone, Francesca Cuomo Ulloa, Enrico Righetti

sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:

Pasquale Costanzo, Lara Trucco

sezione di diritto tributario:

Antonio Lovisolo

sezione di diritto penale:

Roberta Barbanera (R.BA.), Raffaele Caruso (R.C.), Graziella Delfino (G.D.), Carola Flick (C.FLK.), Emanuele Olcese (E.O.), Elisabetta Pagano (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 (R.A.), 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 Bolognino, 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 Canigliola (M.C.C.), Chiara Capodiecchi, Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Stefano Cavanna, Valentina Cavanna (V.CAV.), Chiara Cellerino (C.CELL.), Lara Cipriani (LA.CIP.), Enrico Clerici (E.CLE.), Sandra Compiano (SA.COM.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), Pierpaolo Curri (P.P.CU.), Francesca Dagnino (F.DA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dasso, Daniela Degiovanni (DA.DE.), Gaia De Giovanni (G.D.G.), Raffaella Demaria (R.D.), Stefano Dominelli (S.D.), Paolo Donadoni, Marcella Donati, Carlo Fava, Wanda Finelli (W.F.), Francesca Florino, Alessandro Fontana (A.F.), Antonio Fontana (A.FONT.), Cesare Fossati, Serafina Fumarò (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 (FR.PT.), 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 Sommazzi, Alberto Spinelli (ALB.SPIN.), Paolo Tarnassi, Federica Testini, Ambra Testoni (A.T.), Gualtiero Timossi, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Valeria Ugolini, Elisabetta Varni (E.VAR.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Jenny Verduci (J.V.), Giacomo Viotti, Fabio Zanoli (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.), 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.FRX.), 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 Brignetti (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



camiceria
abiti
calzature
maglieria
sartoria su misura

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

Indice

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

- Tribunale di Genova, 21 settembre 2012, **5**
- Tribunale di Genova, 9 maggio 2012, **6**
- Tribunale di Genova, 10 ottobre 2002
Corte d'Appello di Genova, 11 luglio 2009
Corte di Cassazione, 21 maggio 2012, n. 8024, **8**
- Tribunale di Genova, 1 agosto 2012, **14**
- Corte d'Appello di Genova, 24 ottobre 2012, **16**
- Corte d'Appello di Genova, 27 giugno 2012, **17**
- Tribunale di Genova, 1 agosto 2011,
Corte d'Appello di Genova, 22 settembre 2012, **18**

Massime, **22**

Documenti

- *La determinazione dell'oggetto del contratto di incarico professionale: il nesso tra quantificazione dei compensi per l'attività stragiudiziale e delimitazione delle responsabilità*, Andrea Fusaro, **28**
- *Jaques Ellul e il diritto naturale*, Antonio Fontana, **32**
- *La deflazione del contenzioso giudiziale. Analisi storica e prospettive*, Alessandro Barca, **35**

Recensioni

- *David Cerri (a cura di) Memoria, memorie. Le leggi razziali e gli avvocati italiani. Uno sguardo in provincia*. Roberto Negro, **41**

Sezione famiglia e minori

Sentenze e Ordinanze

- Tribunale per i Minorenni di Genova, 26 settembre 2012, **44**
- Tribunale per i Minorenni di Genova, 23 maggio 2012, **47**

Documenti

- *Crisi coniugale e rimedi legali. Il problema dei rapporti tra separazione e divorzio*, Gilda Ferrando, **52**

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze e Ordinanze

- Corte Costituzionale, 31 maggio 2012, n. 133, **56**
Con nota di Francesca Bailo, *Illegittima la proroga "di diritto" delle autorizzazioni agli scarichi domestici e assimilati per contrasto con il Codice dell'Ambiente*, **57**

- T.A.R. Liguria, 22 maggio 2012, n. 718, **59**
Con nota di Chiara Fatta, *Lo Statuto dell'Ateneo genovese al vaglio del Giudice Amministrativo*, **60**

Massime, **66**

Sezione di diritto tributario

Massime, **69**

Sezione di diritto penale

Sentenze e Ordinanza

- Tribunale di Genova, 4 ottobre 2012, **77**
- Tribunale di Genova, sez. per il Riesame, ord. 13 gennaio 2012, **78**
Corte di Cassazione, sez. VI pen., per il Riesame, ord. 13 gennaio 2012, **78**
Con nota di Alessandro Torri, *Forme e garanzie processuali nell'espletamento della perizia ex art. 299 c.p.p.*, **80**

Massime, **84**

NH MARINA

GENOVA | ITALIA



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

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

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

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



NH
HOTELES

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 21 settembre 2012, n. 3061 - Giudice Unico Bisio - Condominio via Binda di Milano (Avv. Lombardi) c. Edilizia A. (Avv. Zinolli).

COMUNIONE e condominio - nozione di consumatore - estensione al condominio - ammissibilità.

COMPETENZA civile - controversie tra consumatore (condominio) e professionista - foro del consumatore (condominio) - foro esclusivo - sussiste.

(Art. 33, c. 2, lett. U D. Lgs. 206/2005)

Il Condominio è un mero ente di gestione che, attraverso l'amministratore, opera in rappresentanza e nell'interesse dei condomini. L'amministratore, per effetto della nomina ex art. 1129 c.c., agisce come mandatario dei condomini, con la conseguenza che atti e rapporti contrattuali dal medesimo posti in essere determinano l'insorgenza di diritti e obblighi direttamente in capo ai singoli condomini, secondo la disciplina del mandato con rappresentanza. I singoli condomini possono essere considerati consumatori e pertanto l'art. 33, c. 2, lett. u) del D. Lgs. 206/2005 è applicabile ai contratti conclusi dall'amministratore del condominio.

Nelle controversie tra consumatore e professionista, la competenza territoriale esclusiva spetta al giudice del luogo in cui il consumatore ha la residenza od il domicilio elettivo e si presume vessatoria la clausola che stabilisca come sede del foro competente una località diversa. Il c. d. "foro del consumatore" è un foro esclusivo e speciale, derogabile dalle parti solo con trattativa individuale. (Nel caso di specie una società corrente in Genova aveva chiesto ed ottenuto dal Tribunale di Genova l'emissione di decreto ingiuntivo nei confronti di un condominio sito in Milano per il pagamento di una somma a titolo di prestazioni svolte in esecuzione di un contratto di appalto. Il Giudice ha dichiarato l'incompetenza territoriale del Tribunale di Genova per essere competente il Tribunale di Milano ed ha altresì revocato il decreto ingiuntivo).

V.CAV.

(... Omissis...) **In fatto e in diritto**

Letti gli atti di causa ed i verbali d'udienza, considerate le conclusioni delle parti, atteso:

- che l'Edilizia A. S.r.l. ha chiesto ed ottenuto, in data 24.09.2011, l'emissione del Decreto Ingiuntivo n. 2810/2011, con cui si intimava all'attore in opposizione il pagamento, in favore della ricorrente, dell'importo di € 42.900,00 a titolo di prestazioni svolte da quest'ultima in esecuzione di un contratto di appalto stipulato in data 20.05.2010;

- che, il Condominio di Via Binda ha opposto opposizione avverso il sopra epigrafato provvedimento monitorio eccependo, in via pregiudiziale, l'incompetenza territoriale del Tribunale di Genova indicando quale giudice competente il Tribunale di Milano;

- che infatti il condominio, quale ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti, andrebbe considerato quale "consumatore" e pertanto sot-

toposto alla normativa (di maggior tutela) prevista dal codice del consumo, per cui unico giudice competente a conoscere la controversia, ai sensi dell'art. 33 del Codice citato, sarebbe quello del luogo in cui ha la residenza il consumatore, ovvero, nella specie, quello di Milano;

- che, relativamente al merito della controversia, il condominio opponente ha eccepito la non esigibilità dei pagamenti ingiunti al momento del deposito del ricorso monitorio; che l'Edilizia A. S.r.l. si è costituita eccependo, nel merito, la riconosciuta debenza delle somme ingiunte, mentre, in relazione all'eccezione di incompetenza territoriale formulata dall'opponente ha eccepito come, nel caso di specie, il condominio non meriterebbe la particolare tutela accordata al consumatore in quanto non potrebbe essere individuato quale soggetto debole della vicenda contrattuale;

- che, inoltre, secondo la difesa della ricorrente, il Tribunale di Genova sarebbe comunque competente ex art. 20 c.p.c., quale luogo in cui deve eseguirsi l'obbligazione dedotta in giudizio, mentre l'art. 33 del Codice del Consumo non prevederebbe alcun foro esclusivo del consumatore mentre non è stato determinato alcun foro speciale all'interno del negozio giuridico su cui si fonda la richiesta di pagamento oggetto del provvedimento monitorio;

- che, dopo discussione sull'eccezione sollevata dall'opponente, con ordinanza del 19.06.2012, la controversia veniva rinviata all'udienza del 21.09.2012 per la precisazione delle conclusioni, essendo stata rilevata la necessità di pronunciarsi preliminarmente sull'eccezione di incompetenza territoriale in questione;

- che suddetta eccezione appare fondata e che pertanto deve essere dichiarata l'invalidità del decreto ingiuntivo in quanto emesso da giudice territorialmente incompetente;

che, infatti, per giurisprudenza costante il Condominio è un mero ente di gestione che, tramite l'amministratore, opera in rappresentanza e nell'interesse dei partecipanti limitatamente alla gestione ed alla manutenzione della cosa comune, senza cioè interferire sui diritti autonomi di ciascun condomino (da ultimo Cass. Civ., Sez. II, 28/08/2002 n. 12588);

- che, conseguentemente, l'amministratore, per effetto della nomina ex art. 1129 c.c., agisce come mandatario dei condomini, con la conseguenza che atti e rapporti contrattuali dal medesimo posti in essere non lo vincolano in proprio, né vincolano una diversa entità giuridica, ma determinano l'insorgenza di diritti e obblighi direttamente in capo ai singoli condomini, secondo la disciplina del mandato con rappresentanza;

- che i singoli condomini, quindi, secondo giurisprudenza ormai costante, possono essere considerati consumatori in quanto "persone fisiche operanti per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale dagli stessi eventualmente svolta" (da ultimo Tribunale di Reggio Emilia, Sez. II, n. 274/08; Tribunale di Bologna, n. 2531 del 26/04/2007 e 217 del 25/01/2007; Tribunale di Milano, n. 10675 del 21/07/2003; Cass. Civ., Sez. III, Ord. n. 10086 del 24/07/2001);

- che il Codice del Consumo, infatti, qualifica consumatore la persona fisica che acquista un bene o richiede un servizio

fuori dall'ambito della propria attività professionale, esclusivamente per il soddisfacimento di un bisogno personale; e non vi è dubbio che i singoli condomini persone fisiche partecipino al Condominio ed alle relative spese in quanto necessarie per un migliore e più proficuo godimento del bene o, al più, per incrementare il valore del bene stesso, non certo per esigenze di natura professionale;

- che lo status di consumatore, inoltre, non può venir meno per il fatto che l'amministratore agisca nello svolgimento della propria attività professionale e sia soggetto dotato di struttura organizzata secondo criteri imprenditoriali, o possieda le competenze tecniche necessarie con riferimento all'affare concluso: i contratti relativi alla gestione del Condominio, infatti, sono stipulati dall'amministratore non per l'esercizio della propria attività professionale - di guisa possa essergli attribuita qualifica di "professionista", con conseguente inapplicabilità del Codice del Consumo -, ma per la mera soddisfazione delle necessità della compagine condominiale (Tribunale di Reggio Emilia, Sez. II, sent. 274/08);

- che la disciplina delineata dal Codice del Consumo è quindi applicabile anche ai contratti conclusi dall'amministratore del Condominio, il quale ben potrà beneficiare degli strumenti garantistici offerti dalla norma;

- che, inoltre, accertata la natura di "consumatore" del condominio opponente, ai sensi e per gli effetti del Codice del Consumo, risulta applicabile al caso di specie l'art. 33, comma 2, lettera u) del citato D. Lgs. 206/2005, il quale prevede un cosiddetto foro esclusivo del consumatore (cfr. Cass. 12685/2011);

- che, nel cd. "Codice del Consumo", in tema di contratti stipulati tra professionista e consumatore, l'art. 33, comma 2, lett. u), nel presumere la vessatorietà della clausola che stabilisca come sede del foro competente una località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore, ha di fatto introdotto il cd. "foro del consumatore";

- che per le controversie civili aventi ad oggetto contratti tra consumatori e professionisti, in altri termini, la sede del foro competente può essere quella della residenza o del domicilio elettivo del consumatore;

- che la norma appare chiara e non consente alcun tipo di interpretazione, in particolare per quanto riguarda il domicilio elettivo del consumatore, se non quella strettamente e puramente letterale;

- che, del resto, suddetta esegesi normativa risulta sostenuta da consolidata giurisprudenza di legittimità (a partire dall'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 14669 del 1° ottobre 2003, recentemente confermato anche nell'ordinanza della Suprema Corte del 26 settembre 2008, n. 24262) ove si afferma che nelle controversie tra consumatore e professionista, ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. u), del D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (e già dell'art. 1469 bis, terzo comma, cod. civ.) la competenza territoriale esclusiva spetta al giudice del luogo in cui il consumatore ha la residenza od il domicilio elettivo e si presume vessatoria la clausola che stabilisca come sede del foro competente una località diversa;

- che alla luce di ciò, quindi, il cd. "foro del consumatore" è dunque innanzitutto un foro esclusivo e speciale, derogabile dalle parti solo con trattativa individuale (oltre alle due ordinanze appena cfr. Corte di Cassazione, Sez. II, 24 novembre 2008, n. 27911; Cass. n. 377/07; Cass. 4208/07; Cass. n. 13642/2006; Cass. 3379/05; Cass. 16574/05);

- che le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

decidendo in via definitiva,
dichiara l'incompetenza territoriale del Tribunale di Genova risultando territorialmente competente il Tribunale di Milano, conseguentemente revoca il decreto ingiuntivo opposto. (...omissis...)

Tribunale di Genova, sez. III civ., 9 maggio 2012, n. 1765 - Giudice Unico La Mantia - Condominio di Corso De (Avv. Casalegno) c. B. s.a.s. (Avv. Bajetto).

COMUNIONE e condominio - legittimazione attiva dell'amministratore - azione in giudizio per ristabilire la disciplina dell'uso di un bene ritenuto comune - area esterna allo stabile - sussiste - necessità di una specifica e preventiva delibera assembleare autorizzativa - non sussiste.

(Artt. 1130 n. 2 e 1131 co. 1 c.c.)

SPESE giudiziali in materia civile - particolare difficoltà nell'interpretazione dei documenti prodotti dalle parti - presupposti per la declaratoria di integrale compensazione delle spese di lite - sussistono.

(Art. 92 co. 2 cpc)

L'amministratore che intenda agire in giudizio, in rappresentanza del condominio, per ristabilire la disciplina dell'uso di un bene ritenuto comune, non necessita ex art. 1131 co. 1 c.c., sotto il profilo della legittimazione attiva, di alcuna preventiva autorizzazione assembleare, atteso che tale disciplina rientra pienamente nell'ambito delle proprie attribuzioni già in base all'elencazione di cui all'art. 1130 n. 2 c.c.

(Nel caso di specie il Giudice ha respinto l'eccezione relativa al difetto di legittimazione attiva dell'amministratore del caseggiato, sollevata dalla società in epigrafe, riconoscendo che l'azione attorea era stata proposta, senza alcuna preventiva delibera assembleare autorizzativa, al fine di disciplinare l'uso di un bene ritenuto, in base al regolamento contrattuale condominiale, comune a tutti i partecipanti al condominio, quale l'area esterna ad esso, che la convenuta- proprietaria di taluni magazzini-aveva iniziato ad utilizzare in via esclusiva, posteggiandovi numerosi mezzi in modo continuativo, installandovi un cancello automatico, nonché alcuni pali per le insegne pubblicitari, oltre ad aver demolito una porzione di muro di cinta della stessa area e sostituito cavi elettrici "sottotraccia").

La difficoltà nell'interpretare i documenti offerti dalle parti nel corso del processo è da considerarsi quale presupposto per la declaratoria di integrale compensazione delle spese di lite.

(Nel caso in esame il Giudice ha così statuito, in quanto le clausole del regolamento contrattuale condominiale, sulla scorta delle quali il caseggiato-attore aveva fondato le proprie domande di inibitoria e di corresponsione di un'indennità nei confronti della società convenuta per l'uso esclusivo dell'area esterna allo stabile che la medesima aveva fatto, si erano rivelate assai difficile da interpretare).

D.NCF.

(...Omissis...) **In fatto e in diritto**

Con atto di citazione ritualmente notificato, il Condominio di Genova - C.so De, in persona del suo amministratore pro tempore, conveniva in giudizio la B. s.a.s., esponendo:

- che l'art. 9 del Regolamento, avente natura contrattuale, stabiliva espressamente, tra l'altro, che "l'area entro il perimetro esterno della casa è di proprietà comune, indivisibile, ed inalienabile tra i proprietari degli appartamenti, delle botteghe e dei fondi";

- che la convenuta - proprietaria di otto dei nove magazzini che affacciano sull'area sopra menzionata ed esercente l'attività di officina meccanica, carrozzeria, rivendita e commercio di autoveicoli - aveva iniziato ad utilizzare in via esclusiva il citato distacco, posteggiando numerosi mezzi in modo continuativo;

- che la stessa B. s.a.s. aveva inoltre installato un cancello automatico all'ingresso del fondo in esame, nonché alcuni pali "funzionali all'installazione di materiale pubblicitario", oltre ad avere demolito una porzione del muro di cinta dell'area e sostituito cavi elettrici "sottotraccia".

Concludeva, pertanto, come in epigrafe riportato.

Con comparsa di risposta depositata il 28/7/2008, si costituiva la menzionata B. s.a.s., eccependo la carenza di legittimazione in capo all'attore e contestando, nel merito, tutti gli assunti avversari.

Instava, quindi, per la reiezione delle domande attoree.

Nel corso del giudizio, si procedeva all'interrogatorio formale del legale rappresentante della società convenuta e all'escussione di testimoni sulle circostanze ammesse con ordinanza del 30/4/2009, dopo di che veniva disposta CTU, con incarico conferito al geom. Massimo Crovatto, allo scopo di accertare il valore locativo dell'area in esame.

Infine, all'udienza del 9/2/2012, le parti precisavano le rispettive conclusioni e la causa era trattenuta in decisione, con assegnazione dei termini di legge per il deposito di comparse conclusionali e di memorie di replica.

Va, anzitutto, respinta, l'eccezione di carenza di legittimazione attiva sollevata dalla B. s.a.s., dato che nel caso di specie l'amministratore del caseggiato ha introdotto il presente giudizio al fine di disciplinare l'uso di un bene ritenuto comune, quale appunto l'area esterna al fabbricato, in modo da assicurarne il migliore godimento a tutti i condomini, e, quindi, ai sensi dell'art. 1130 n. 2 c.c.; ne consegue che, in base a quanto stabilito dall'art. 1131 primo comma c.c., deve ritenersi sussistente la legittimazione ad agire in capo all'amministratore, senza necessità di una specifica preventiva delibera autorizzativa da parte dell'assemblea dei condomini.

Per le stesse ragioni appena esposte, non possono poi condividersi gli assunti di parte convenuta circa la nullità della procura alle liti (v. pag. 6 della comparsa di risposta).

Tanto premesso, passando al merito della vertenza, la domanda dell'odierno attore non appare fondata e non può, pertanto, trovare accoglimento, per le seguenti considerazioni.

Ed invero, va osservato che l'area antistante ai magazzini situati al piano fondi dell'edificio civ. 21 deve considerarsi come vero e proprio distacco, non rientrante perciò tra i beni di proprietà comune a tutti i condomini, alla luce di quanto espressamente previsto dall'art. 9 primo comma del Regolamento prodotto in causa, secondo cui appunto "sono di proprietà comune, indivisibili e inalienabili tra i proprietari di tutti gli appartamenti: l'alloggio del portinaio, gli atrii, le scale, l'impianto luce.... il passaggio attraverso il cortile coperto e tutte le altre parti che sono comuni per legge (esclusi i distacchi ed i terrazzi anche se nel cortile)".

Del resto, le considerazioni sopra esposte trovano conferma nel fatto che già nell'atto a rogito Notaio S. in data

22/11/1934 (doc. n. 21 del convenuto) era stato precisato che l'area per cui è causa ("tinteggiata in verde" nell'allegata planimetria) era adibita a "distacchi"; ne consegue che appare del tutto verosimile che gli acquirenti (in virtù del citato atto notarile) dell'intero terreno - sigg. R. e P., costruttori poi del caseggiato e redattori del Regolamento Condominiale contrattuale - abbiano inteso ricomprendere il fondo in questione nei "distacchi" menzionati nell'art. 9, in conformità alla terminologia già usata nel rogito del 1934.

Al contrario, non possono condividersi gli assunti attorei secondo cui i distacchi dovrebbero identificarsi con gli spazi raffigurati nel doc. 10, dato che tale atto consiste in una mera planimetria catastale, che, come tale, non consente - in mancanza di ulteriori elementi - una precisa qualificazione degli spazi medesimi, anche sotto il profilo della loro destinazione funzionale e delle loro dimensioni; senza contare che, alla luce delle regole di comune esperienza, le aree interne di cui al citato doc. 10 sembra possano qualificarsi come cavedi/cortili e cioè come aree del tutto distinte rispetto ai distacchi, così come risulta dal tenore degli artt. 6 e 9 del Regolamento.

Né, d'altra parte, può ritenersi che il fondo che qui interessa rientri nella previsione di cui al secondo comma dell'art. 9, posto che tale disposizione regolamentare, di interpretazione non particolarmente agevole, stante la genericità delle espressioni ivi riportate, riguarda in realtà l'area entro il perimetro esterno della sola "casa" e cioè del corpo di fabbrica ove sono state costruite le varie unità immobiliari, senza perciò che possa essere ricompreso in tale nozione il distacco delimitato dai muri raffigurati nelle fotografie in atti, tenuto anche conto del fatto che già nel sopra richiamato atto del 22/11/1934 l'area indicata come "fabbricabile" e su cui successivamente è stata in effetti costruita la "casa", era solo quella su cui oggi insiste l'edificio civ. 21.

Deve perciò escludersi la proprietà del distacco occupato dalla B. s.a.s. in capo al Condominio attore, sia sulla base di quanto stabilito dal menzionato art. 9 primo comma del Regolamento, sia perché il CTU, a seguito di approfonditi accertamenti e con argomentazioni congruamente motivate, come tali perciò condivisibili, ha escluso che "l'area esterna" sia mai stata ceduta dai costruttori, ad eccezione "della porzione di distacco alienata nella vendita del negozio contraddistinto dal civ. 105 rosso di corso De" (cfr. pag. 5 della relazione depositata l'8/6/2010), vendita perfezionatasi con il contratto del 4/5/1936 (doc. 8 di parte convenuta), unico documento in cui si dà espressamente atto che nella vendita è "annesso e compreso ... il rettangolo di terreno destinato a distacco prospiciente a parte della cantina....".

Senza contare che la mancata cessione della altre porzioni di distacco si evince anche dalle indicazioni dei confini contenute nei vari contratti di compravendita prodotti in causa. Alla luce di quanto sopra esposto in ordine all'esclusione dell'area in questione dalle parti comuni, vanno ritenute infondate tutte le domande del Condominio attore, ricorrendo tuttavia i presupposti per compensare tra le parti le spese di giudizio, comprese quelle della svolta CTU, stante la particolare difficoltà d'interpretazione delle norme regolamentari.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, disattesa ogni contraria istanza, rigetta le domande proposte dall'attore Condominio di Genova C.so De nei confronti della convenuta B. s.a.s..

I

Tribunale di Genova, 10 ottobre 2002, n. 3646 - Giudice Unico Braccialini.

DANNO in materia civile - nascita indesiderata - interruzione volontaria di gravidanza - esito negativo - mancata informativa esami di controllo - responsabilità contrattuale dell'amministrazione sanitaria - sussiste.

(Art. 1218 c.c.; art. 14, Legge n. 194/1978)

DANNO in materia civile - nascita indesiderata - interruzione volontaria di gravidanza - esito negativo - responsabilità solidale del sanitario dipendente dell'azienda ospedaliera - sussiste.

(Art. 1218 c.c.; Legge n. 194/1978)

DANNO in materia civile - nascita indesiderata - risarcimento del danno - interruzione della gravidanza nei limiti temporali di cui alla legge 194/178 - danno patrimoniale e danno di natura psico-fisica - accettazione della nascita del bambino - non sussistono - danno non patrimoniale per lesione del diritto alla procreazione responsabile - valutazione equitativa - parametro del reddito familiare "sviato" cui aggiungere il reddito perduto per conversione del rapporto di lavoro in part time- valutazione della misura del medesimo.

(Artt. 1223, 1225 e 1226 c.c.)

In ipotesi di interruzione di gravidanza non riuscita sussiste la responsabilità contrattuale dell'amministrazione sanitaria sia per l'esito negativo dell'interruzione stessa, ritenuta pratica ormai routinaria caratterizzata dall'estrema rarità del suo fallimento sia per la mancata completa informativa sulla necessità di effettuare il successivo controllo dell'ormone della gonadotropine in tempo utile per rimediare con altro intervento interruttivo della gravidanza. In particolare, l'obbligo di informativa fa carico all'amministrazione sanitaria in forza dei principi generali che regolano il contratto terapeutico ed in base a quanto prescritto dall'art. 14 della legge 184/1978.

Tale responsabilità contrattuale dell'amministrazione sanitaria per il mancato raggiungimento del risultato positivo dell'interruzione di gravidanza, si salda con quella concorrente, altrettanto contrattuale, del medico operatore determina la prima un'obbligazione solidale.

Il risarcimento del danno in ipotesi di fallimento dell'interruzione della gravidanza richiesta temporalmente nei limiti consentiti dalla legge 194/1978 che abbia determinato la nascita di un bambino sano, accettato sin dalla gravidanza e poi riconosciuto dalla madre, non comporta la risarcibilità di un danno patrimoniale da mantenimento nè un danno psico-fisico. Sussiste invero la risarcibilità del danno non patrimoniale, da liquidarsi in via equitativa, per lesione del diritto ad una procreazione responsabile che va calcolato secondo il criterio del "reddito familiare sviato" ovvero di quella componente reddituale che rispetto a precedenti destinazioni viene dirottato verso l'imprevisto mantenimento ed istruzione della prole (nella specie da riconoscersi nella misura del 30% per l'accettazione della prospettiva della maternità già durante la gestazione). A ciò deve aggiungersi l'ulteriore risarcimento per il mancato reddito dalla conversione operata dalla madre del rapporto di lavoro da tempo pieno a part-time, anch'esso da liquidarsi in via equitativa e decrescente con il crescere del bambino.

A.M.OCC.

II

Corte d'Appello di Genova, 11 luglio 2009, n. 770 - Pres. Bonavia - Rel. Gandolfo.

DANNO in materia civile - nascita indesiderata - interruzione volontaria della gravidanza - esito negativo - responsabilità contrattuale dell'amministrazione sanitaria e del sanitario - obbligazione di mezzi - onere della prova - causa imputabile ad evento impreveduto od imprevedibile - responsabilità non sussiste.

(Artt. 1176 e 2236 c.c.)

DANNO in materia civile - nascita indesiderata - interruzione volontaria della gravidanza - esito negativo - mancata esecuzione di esami di controllo successivo all'intervento - sufficienza della prescrizione scritta - presunzione di sufficiente informativa orale alla paziente al momento della dimissione circa i tempi di esecuzione di detto esame - mancata esecuzione dell'esame imputabile alla sola trascuratezza della paziente - responsabilità della amministrazione sanitaria non sussiste.

La prestazione professionale è obbligazione di mezzi; in ipotesi di interruzione di gravidanza non riuscita, non sussiste la responsabilità contrattuale dell'amministrazione sanitaria e del sanitario per l'esito negativo dell'interruzione stessa, allorché si tratti dell'evento imprevedibile di gravidanza gemellare non evidenziata da precedente ecografia, l'intervento sia stato condotto con la diligenza possibile ed il fallimento del medesimo possa quindi dipendere da una causa incerta ma identificabile con una patologia uterina che non abbia consentito l'asportazione dell'intero materiale embrionale.

Non sussiste responsabilità della struttura sanitaria per insufficiente informativa circa la prescrizione di un esame di controllo successivo rispetto all'intervento di interruzione volontaria della gravidanza, laddove l'esame sia stato comunicato alla paziente come risulta dalla sottoscrizione della paziente in calce alla cartella clinica; si deve fondatamente presumere che alla paziente sia stato comunicato oralmente di effettuare tale esame entro una certa tempistica al momento della sua dimissione sicché la tardiva esecuzione del medesimo va ascritta alla trascuratezza della paziente stessa.

A.M.OCC.

III

Corte di Cassazione, 21 maggio 2012, n. 8024.

DANNO in materia civile - nascita indesiderata - interruzione volontaria della gravidanza - esito negativo -- onere della prova - causa imputabile ad evento impreveduto od imprevedibile - gravidanza gemellare - asportazione di un solo embrione - non è causa imprevedibile - responsabilità contrattuale dell'amministrazione sanitaria e del sanitario - sussiste.

(Art. 1176 e 2236 c.c.)

DANNO in materia civile - nascita indesiderata - interruzione volontaria della gravidanza - esito negativo - mancata esecuzione di esami di controllo successivo all'intervento - mancanza della prova di adeguata informativa circa i tempi di esecuzione di detto esame -- responsabilità della amministrazione sanitaria - sussiste.

In ipotesi di interruzione di gravidanza non riuscita, sussiste la responsabilità contrattuale dell'amministrazione sanitaria e del sanitario per l'esito negativo dell'interruzione stessa, anche in ipotesi di gravidanza gemellare, non potendo affermarsi che tale circostanza sia imprevedibile per un operatore di normale diligenza.

Sussiste responsabilità della struttura sanitaria per insufficiente informativa circa la prescrizione di un esame di controllo successivo rispetto all'intervento di interruzione volontaria della gravidanza, dovendosi presumere che la paziente difficilmente trascurerebbe di eseguirlo purché le siano spiegati il motivo ed i tempi di effettuazione dell'esame.

A.M.OCC.

I

(... Omissis...)

Motivi della decisione

Si discute delle ragioni e conseguenze di un'interruzione di gravidanza non riuscita praticata presso il principale ospedale cittadino il 23.4.98: l'intervento non ha prodotto l'eliminazione del prodotto del concepimento e nel successivo mese di novembre è nata una bambina sana che è stata riconosciuta da entrambi i genitori naturali. In questa sede giudiziaria, la madre reclama il risarcimento del danno alla persona in termini di danno psichico e morale ed il riconoscimento di somma corrispondente al mantenimento cui è tenuta verso la minore, fino al raggiungimento dell'autosufficienza economica, per cifra non inferiore ad un miliardo di lire.

Le questioni da affrontare e risolvere sono, nell'ordine: a) la responsabilità dell'amministrazione sanitaria per la mancata interruzione della gravidanza; b) l'esistenza o meno di specifici profili di colpa addebitabili al medico che operò l'intervento; c) l'esistenza di un danno risarcibile di natura personale e/o patrimoniale; d) l'oggetto della copertura assicurativa ospedaliera.

La stretta correlazione tra i primi due profili consiglia di trattare la questione dell'inadempimento dall'angolo visuale della struttura sanitaria convenuta, per poi verificare la traslabilità della conclusioni sulla posizione del dr. Tizio.

Non vi è dubbio che sotto entrambi i profili evidenziati dalla Caia ricorra la responsabilità contrattuale dell'Ospedale S.M. per l'esito negativo dell'interruzione di gravidanza: sia per quanto attiene la prosecuzione indesiderata della gravidanza, sia per l'incompletezza dell'informazione fornita alla paziente nel corso dell'intero procedimento e soprattutto all'atto delle dimissioni ospedaliere.

Per il primo aspetto, va tenuto presente che nella sua relazione depositata in atti il CTU dr. R, dopo aver ripercorso le tappe previste dalla legislazione di settore per l'interruzione volontaria di gravidanza e le tecniche con cui la stessa viene eseguita nei nosocomi italiani - ed in particolare nell'ospedale convenuto - sottolinea che l'isterosuzione praticata nella specie presenta ormai modalità esecutive collaudate dalla lunga pratica, e sostanzialmente routinarie. Nelle ricerche peritali, eseguite con riferimento principalmente a letteratura straniera, è emersa l'estrema rarità del fallimento dell'intervento, in massima parte addebitabile a malformazioni uterine: la percentuale di prosecuzione della gravidanza dopo l'isterosuzione oscilla mediamente intorno al 3 per mille. Il numero estremamente basso del completo fallimento degli interventi si spiega però con il fatto che spesso venga eseguito un secondo intervento dopo quello fallito.

Il CTU precisa anche che dopo l'isterosuzione viene eseguito un controllo istologico del materiale prelevato che però, come confermato anche dalla comunicazione del responsabile della Divisione Ginecologica del S. M, è finalizzato non tanto a ve-

rificare la buona riuscita dell'intervento, ma piuttosto a riscontrare l'assenza di patologie gravi. L'unico riscontro successivo certo sulla prosecuzione o meno della gravidanza è il controllo dell'ormone delle gonadotropine secreto in gravidanza con l'esame clinico denominato BHCG.

Nel caso di specie, il referto istologico relativo al prelievo post-operatorio non evidenziava patologie embrionali. Per contro l'esame BHCG, certamente prescritto perché l'informativa scritta risulta dalla cartella clinica, non fu eseguito in tempo utile: per cui, una volta constatata la prosecuzione della gravidanza, non era più possibile eseguire un nuovo aborto ai sensi dell'art. 4 della Legge n. 194 del 1978; e neppure si poteva provvedere ai sensi del successivo art. 6 della stessa legge, perché gestante e feto godevano di buona salute e non si manifestavano malformazioni di sorta, tali da far temere per la gestante stessa.

L'elaborato peritale, quindi, non evidenzia una specifica manovra imperita del medico operatore nella limitata fase dell'isterosuzione, ma sottolinea la bassa incidenza delle gravidanze non interrotte e la sostanziale routinarietà delle prestazioni, mettendo in luce una serie di possibili carenze della prestazione operatoria che possono spiegare l'esito inatteso, e che si sostanziano in possibili profili di colpa "in concreto". Di certo, il perito esclude che ci si trovasse di fronte ad una gravidanza plurigemellare - come nelle difese del ginecologo - e chi scrive ritiene pure da escludersi che nel corso dell'intervento sia stato prelevato alcun frammento embrionale, visto che poi nessuna malformazione si è registrata sulla bambina.

A questo punto, diventa superfluo sottolineare che il c.t.a. prof. Z. evidenzia una specifica imperizia nell'esame clinico all'atto delle dimissioni, il cui corretto espletamento avrebbe dovuto evidenziare subito la prosecuzione della gravidanza, in quanto le regole sulla ripartizione dell'onere probatorio in regime di responsabilità contrattuale - l'unico azionato dalla parte attrice - conducono ad un'inevitabile conclusione, ove si tenga presente la nota evoluzione giurisprudenziale sulle prestazioni sanitarie di natura "routinaria": l'Azienda convenuta non ha fornito alcuna dimostrazione di un evento anomalo tale da rendere impossibile la corretta esecuzione dell'i.v.g. praticata sulla Caia.

A tale primo profilo, vanno aggiunte le **carenze informative** riscontrabili nella prima fase procedimentale destinata a valutare i presupposti per l'i.v.g., e ancor di più nella fase successiva all'intervento, valutabili come autonoma fonte di responsabilità. La prova scritta consistente nella sottoscrizione da parte della Caia della sigla BHCG relativa all'esame clinico da eseguirsi per verificare i livelli delle gonadotropine, ed il richiamo testimoniale al contenuto dell'informativa *standard* dedotto dalle parti convenute, appaiono dimostrazioni inidonee a convincere che almeno nel momento delle dimissioni ospedaliere sia stato *realmente* spiegato il significato della ricerca ormonale, e soprattutto che sia stata segnalata alla Caia l'esigenza di procedere in tempi molto brevi a tale verifica.

Di nessuna utilità si sono rivelate le informative indirizzate ad altre amministrazioni sanitarie: in un caso, perché è emerso che la Caia aveva subito un aborto spontaneo, per il quale diventava superfluo procedere ad esame delle gonadotropine; nell'altro, perché non è stata rintracciata la cartella clinica del ricovero per una precedente i.v.g. e dunque non è possibile dimostrare che in tale precedente occasione venne fornita alla gestante un'informativa completa e tempestiva sui controlli post-operatori.

A questo proposito, è bene sottolineare che l'obbligo di informativa (e di informativa "completa") fa carico all'ammi-

nistrazione sanitaria sia in forza dei generali principi che regolano il contratto terapeutico, secondo una nota elaborazione giurisprudenziale che ha in Cass. Sez. III 22.5.98 n. 12195 (in *Guida al Diritto* n. 8/99 pag. 66) solo una delle ultime conferme, sia in base alla specifica disposizione dell'art. 14 della Legge sull'i.v.g., la quale prevede che il medico che esegue l'i.v.g. sia "...tenuto a fornire alla donna le informazioni e le indicazioni sulla regolazione delle nascite, nonché a renderla partecipe dei procedimenti abortivi.", elevando pertanto la completezza dell'informativa a dignità di autonomo obbligo. Anche in questo caso si riscontra, nella specie, il mancato raggiungimento della prova liberatoria da parte dell'amministrazione convenuta. Anzi, si registra un preciso elemento indiziario di segno favorevole all'attrice, se si considera che proprio dopo l'odierno caso - come emerso dalle informative d'ufficio e dall'interrogatorio libero del procuratore speciale dell'Ospedale - è stata predisposta una modulistica apposita che viene consegnata alla paziente all'atto delle dimissioni, in cui si precisano minuziosamente i successivi passi del rapporto terapeutico sottolineando in termini inequivoci la necessità ed urgenza del riscontro BHCG.

La responsabilità dell'Amministrazione convenuta si salda con quella, concorrente, del medico operatore, determinando un'obbligazione solidale di risarcimento. Il fatto che non si abbia prova di una specifica imperizia del dr. Tizio durante l'isterosuzione non esclude il fatto che anche il sanitario, convenuto in proprio, debba rispondere per il mancato raggiungimento del risultato positivo dell'isterosuzione, secondo i principi generali della responsabilità contrattuale poc'anzi richiamati, validi anche per il sanitario che operi in una struttura ospedaliera. Qui sia consentito, per brevità, il richiamo alla nota decisione n. 589 del 22.1.99 della III Sez. della Corte di Cassazione in causa *Massa contro Fineschi* (in *Danno e Responsabilità* n. 3/99 pag. 294), nella quale - ribaltando il precedente consolidato orientamento sulla natura extracontrattuale dell'obbligazione risarcitoria del sanitario - si è messa a fuoco la natura contrattuale, e non aquiliana, dell'obbligazione di cura incombente al medico inserito in una struttura terapeutica. Della prestazione del sanitario, in particolare, si è sottolineata nell'occasione la natura "professionale", pervenendosi all'affermazione di una responsabilità fondata non sul contratto, ma sul "contatto sociale".

(... *Omissis*...)

La tematica del **danno risarcibile** appare indubbiamente quella di maggiore difficoltà e spessore, per cui non appare inopportuna a questo punto una sintetica premessa su alcuni orientamenti emersi in giurisprudenza - largamente chiosati dalla dottrina anche in riferimento ad esperienze giuridiche straniere - per i casi di "nascite indesiderate".

Nella giurisprudenza di merito il primo caso che affronta le conseguenze risarcitorie dell'interruzione di gravidanza non riuscita è quello trattato dal Tribunale di Padova nella nota decisione in causa *Petix*, confermata in grado di appello (Tribunale di Padova 9.9.85 e Corte Appello Venezia 23.7.90). I principi affermatasi in tali decisioni sono così riassumibili: sussiste la responsabilità dei sanitari per l'i.v.g. non riuscita; il risarcimento spettante va quantificato nella somma idonea a sopperire alle difficoltà economiche dei genitori per il periodo necessario al raggiungimento della stabilità economica visto che art. 4 L. 194/78 fa riferimento alle condizioni economiche della donna come possibile condizione per ivg.

Secondo la Corte d'Appello Bologna 19.12.91 il bene protetto, ed il diritto soggettivo leso, è la libertà di scegliere tra

aborto e rischio alla salute. L'insuccesso dell'intervento di interruzione della gravidanza, praticato legittimamente a norma della l. 22 maggio 1978, n. 194, dovuto ad imperizia e negligenza del sanitario per il mancato accertamento del suo esito positivo, è fonte di responsabilità diretta anche dell'ente ospedaliero, gestore del servizio sanitario; in tal caso sono risarcibili alla donna i danni diretti costituiti dalla lesione del diritto alla salute e quelli indiretti, rappresentati dagli oneri di mantenimento della prole non voluta, in quanto causa di conseguenze negative sulla vita della madre (*Parti: Soc. casa cura Lodigiani c. Cozzi*, in *Arch. civ.*, 1992, 295). Il Tribunale di Cagliari nella decisione del 23.2.95 in causa *Fiori c. Casa Cura S. Anna* (*Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1995, I, 1107) condivise la precedente impostazione e concluse che il solo fatto dell'inadempimento dell'obbligazione, per la scorretta esecuzione della prestazione, obbligava il responsabile al risarcimento di tutti i danni connessi al mantenimento del figlio. In base alle normali regole su inadempimento, ricavate dall'art. 1223 c.c., poneva a carico del sanitario convenuto l'onere di mantenimento del figlio nato, e non voluto, fino al raggiungimento dell'età di 23 anni: riconoscendo un onere di mantenimento pari a 750 mila lire al mese, totalizzava un risarcimento pari a 206 milioni di lire. Il giudice d'appello riformava la decisione: infatti la corte del merito di Cagliari in data 12.11.98 affermava che in ipotesi di accertata responsabilità del sanitario per mancata interruzione di gravidanza, ex art. 4 l. 22 maggio 1978 n. 194, la struttura sanitaria rispondeva contrattualmente del danno subito dalla donna non per il solo fatto dell'inadempimento, ma se fosse provata anche la sussistenza della messa in pericolo o di un danno effettivo alla salute della donna. Poiché l'unico interesse tutelato dalla legge sull'interruzione volontaria di gravidanza è la salute fisica e psichica della donna, la struttura sanitaria, dove l'intervento è stato eseguito, risponde a titolo di responsabilità contrattuale di quei soli danni che rappresentano la realizzazione del rischio illecito che il precetto violato (art. 4 l. n. 194/78) mira ad evitare. In ipotesi di insuccesso dell'intervento di interruzione di gravidanza non sono risarcibili gli oneri di mantenimento del figlio nato, ma è dovuto il danno biologico temporaneo subito dalla donna, valutato, con riferimento al periodo decorrente dalla notizia dell'insuccesso dell'intervento fino a sei mesi dopo il parto (durata media della depressione post partum), in relazione a quell'insieme di disturbi fisici e psichici, che hanno avuto conseguenze transitorie sia sulla capacità di attendere alle normali occupazioni ed alla normale vita di relazione, sia sulla sfera affettiva, cognitiva e motivazionale (la sentenza è pubblicata in *Danno e Responsabilità* 1999, 1031).

Il Tribunale di Bergamo, nella decisione del 2.11.95 *Scuglia c. O.R. di Bergamo* (pubblicata in *Danno e responsabilità* 1996, 249), affronta il caso delle conseguenze di un'informazione incompleta e gravemente errata alla gestante sulle malformazioni del concepito, riconoscendo: a) il diritto al risarcimento del danno per il mancato esercizio diritto ad i.v.g. a seguito di errata lettura ecografia; b) la risarcibilità della violazione del dovere di informazione; c) la risarcibilità della lesione dell'integrità psico-fisica della madre. Perviene così ad una liquidazione equitativa del danno alla salute dei genitori (come danno biologico alla vita di relazione e danno psichico in sé considerato), e condanna la struttura sanitaria a sostenere gli oneri di mantenimento per il figlio non voluto: vengono liquidati 150 milioni ai genitori e 252 per il mantenimento del figlio.

Il Tribunale di Milano (sentenza 10.7.97, *Marsala e Preti c. USL 57*, inedita ma raccolta nel volume "*Un figlio non voluto*

è un danno risarcibile?», Milano 1999) si cimenta con il caso delle conseguenze risarcitorie di un errato intervento di vasectomia, affermando che: a) gravidanza e nascita di un figlio sano non sono eventi patologici; b) non è quindi risarcibile il danno morale; c) è risarcibile invece il negativo riflesso sulla sfera psichica, se provato; d) esiste un diritto alla procreazione responsabile, tutelato come diritto della personalità, la cui lesione è illecita e fonte di obbligo risarcitorio; e) il danno risarcibile non è il costo del mantenimento del figlio, ma l'impossibilità per i genitori di spendere ad esclusivo vantaggio loro parte dei propri redditi, secondo il modello di vita che si erano prefigurati. I pregiudizi così riconosciuti sono stati liquidati equitativamente in 30 milioni di lire per la violazione del potere di libera scelta, per ogni genitore. Inoltre, visto che non erano state riproposte prove specifiche su perdite di redditi da lavoro, venivano riconosciute lire 100 milioni, da dividersi tra i due genitori, con questo calcolo: 500 milioni è l'onere di mantenimento futuro; 5 sono i componenti nucleo familiare; 1/5 è la somma di cui non potrà disporsi in futuro per i consumi propri, ma per oneri di mantenimento del terzo figlio.

Nella giurisprudenza di legittimità, l'impostazione della richiamata vicenda veneta viene ribaltata (Corte Cassaz., sez. III, 08-07-1994, 6464 Usl Venezia — Petix, Mass., 1994) poiché si individua, come solo pregiudizio risarcibile, l'integrità psico-fisica della gestante. Si afferma infatti: «*Nel caso di responsabilità del sanitario per la mancata interruzione della gravidanza nei casi previsti dalla l. 22 maggio 1978 n. 194, il danno risarcibile è solo quello dipendente dal pregiudizio alla salute fisio-psichica della donna specificamente tutelata dalla predetta legge, e non quello più genericamente dipendente da ogni pregiudizievole conseguenza patrimoniale dell'inadempimento del sanitario, quale il costo della nascita del figlio indesiderato o del suo allevamento, che di per se non sono considerati un fatto ingiustamente dannoso neppure in presenza di precarie condizioni economiche della madre, le quali sono assunte come condizione giustificatrice della interruzione della gravidanza solo per la loro possibile influenza sulle condizioni fisio psichiche della donna*».

Questa impostazione negativa rispetto al danno patrimoniale non sembra però convalidata in un più recente decisione, nella quale si prende in esame il diverso caso della gravidanza "voluta" ma accompagnata dalla mancata informativa su circostanze che avrebbero autorizzato l'aborto anche oltre il primo trimestre di gravidanza (Cass., sez. III, 01-12-1998, n. 12195 ric. Fedeli in Guida al Diritto n. 8/99 pag. 66). Vi si precisa che: «*Dopo il novantesimo giorno di gravidanza, la gestante può esercitare il diritto all'aborto, ai sensi del combinato disposto degli art. 6 e 7, 3° comma, l. 22 maggio 1978 n. 194, solo in presenza di due condizioni positive e di una negativa, e cioè: a) sussista un processo patologico (fisico o psichico, anche indotto da accertate malformazioni del feto) in atto per la madre; b) sussista il pericolo (da accertare con valutazione ex ante) che tale processo patologico degeneri recando un danno grave alla salute della madre; c) non sussista possibilità di vita autonoma per il feto; ne consegue che il medico, il quale per negligenza od imperizia ometta di avvertire la madre dell'esistenza di gravi malformazioni del feto, viola il diritto della madre all'aborto, così ponendo in essere una condotta illecita fonte di responsabilità, soltanto ove sussistano tutti e tre i requisiti sopra descritti; ne consegue altresì che il giudice, chiamato ad accertare la responsabilità del medico, deve stabilire (con valutazione da compiersi ex ante, cioè con riferimento al momento in cui il medico omise la corretta informazione) se la conoscenza del reale stato delle cose avrebbe ingenerato nella madre un processo patologico fisico o psichico, con pericolo grave per la salute della donna.*

Nella motivazione si fa riferimento alla risarcibilità non solo del danno alla salute in senso stretto, ma anche del danno biologico in tutte le sue forme ed al danno economico che sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del sanitario, in termini di causalità adeguata.

La rapida ed un po' schematica sintesi delle posizioni emerse in giurisprudenza - si tralascia, per ovvie esigenze di brevità ma non per la lontananza dei principi, la rassegna della giurisprudenza straniera - propone quindi un ricco florilegio di schemi argomentativi, non tutti omologabili. Come messo in evidenza dall'abbondante commento dottrinale ai casi precedentemente riferiti, ci si imbatte in realtà in una gamma di situazioni diverse: 1) i.v.g. non riuscita con nascita di un figlio sano; 2) sterilizzazione o vasectomia non riuscita; 3) mancata informativa alla gestante su circostanze relative alla salute del feto, che avrebbero inciso sul diritto all'i.v.g. anche oltre il 90° giorno di gestazione.

(... Omissis...)

È quindi necessario comprendere se, e che tipo di pregiudizio, sia stato riportato dalla paziente sottoposta ad intervento nei limiti previsti dall'art. 4 di tale disciplina a seguito del fallimento dell'isterosuzione.

(... Omissis...)

Si stima equo determinare nella misura del 30%, la percentuale adattativa da applicare al reddito complessivo sviato, considerando i seguenti fattori:

l'assenza di alcuna dimostrazione di fatti traumatici relativi al concepimento della bambina;

gli aspetti positivi della genitorialità che in un certo momento diventano più intensi e rendono progressivamente meno afflittivo il ricordo delle circostanze che hanno determinato la prosecuzione della gravidanza;

il fatto che la prestazione errata dell'amministrazione sanitaria interviene a gravidanza già iniziata, innestandosi su di un precedente assetto determinato da scelte probabilmente non del tutto oculate della parte attrice rispetto ai tempi della propria maternità;

la disponibilità da parte dell'attrice di un sicuro impiego lavorativo, tale da assicurare il soddisfacimento della quota degli oneri del mantenimento a lei incombenti: il che ha reso sicuramente meno traumatica la prospettiva dell'allevamento della prole, rispetto al caso in cui avessero fatto difetto gli stessi mezzi di sostentamento per la stessa parte lesa.

(... Omissis...)

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, dichiara la responsabilità contrattuale dell'Azienda Ospedaliera S.M. di Genova, in persona del legale rappresentante, e del dr. Tizio per l'esito negativo dell'intervento di i.v.g. praticato su Caia il 23.4.98 e per le carenze informative relative ai tempi degli esami clinici post dimissione; pertanto dichiara le parti convenute obbligate in solido tra loro a risarcire a parte attrice i danni da lesione della libertà di autodeterminazione rispetto al decorso della gravidanza.

Condanna l'Azienda Ospedaliera ed il sanitario predetti in solido tra loro a corrispondere a parte attrice per l'indicato titolo la somma di euro 38.847,12 in valuta data odierna, con i soli interessi corrispettivi dalla data odierna al saldo effettivo.

Condanna l'Azienda Ospedaliera ed il Tizio a rifondere alla Caia le spese di lite.

(... Omissis...)

II

(...*Omissis*...)

Svolgimento del processo

Con atto notificato il 30-9-98 Caia citava in giudizio il dr. Tizio e l'Azienda Ospedaliera S.M. di Genova esponendo di avere appreso il 31-3-98 presso la Divisione Ginecologia di tale ospedale di essere alla sesta settimana di gravidanza, gravidanza non voluta, date le condizioni familiari ed economiche dell'esponente e che, si era perciò risolta non potendo assicurare a sé ed al nascituro un'esistenza libera e dignitosa ad interromperla. Il 23-4-98 era stato pertanto eseguiti in day hospital dal Dr. Tizio l'intervento abortivo con la tecnica dell'isterosuzione, debitamente autorizzato ai sensi della L. 194 del 1978. Lasciando l'ospedale, nessuno la informò di sottoporsi a controlli entro un termine utile di due settimane per poter essere eventualmente sottoposta a nuovo intervento, ma tenne solo prescritto l'esame denominato Beta HCG per la ricerca dell'ormone della gravidanza senza indicazione del termine per tale indagine. Accusando dolori continui, l'esponente praticò tale esame 3HGG il 22-5-98, apprendendo così il successivo 28-5 — oltre il termine per l'intervento interrottivo a norma della L. 22.5.78 n. 194 — che la gravidanza aveva seguito il suo corso e non poteva più procedersi ad aborto, ostandovi il divieto di legge e non ricorrendo i casi all'art. 6 della legge citata.

L'insuccesso dell'intervento era imputabile — secondo la parte attrice — a colpa contrattuale della struttura sanitaria ed in particolare del ginecologo addetto all'atto operatorio, nonché alla mancata informazione sui controlli la praticare in tempo utile dopo l'intervento.

Dall'indesiderata maternità era derivato grave danno morale, psicofisico e pregiudizio economico per il mantenimento del nascituro, di cui si chiedeva il ristoro per cifra non inferiore ad un miliardo di lire.

Con comparsa del 21-12-98 l'Azienda Ospedaliera si costituiva in giudizio contestando tutti gli addebiti di colpa ed osservando che la prosecuzione della gravidanza era imputabile a negligenza dell'attrice la quale, malgrado l'intervento abortivo fosse stato correttamente praticato, non si era mai sottoposta alle successive visite di controllo pur preventivate. Non era vero che la paziente non fosse stata avvertita del termine utile per praticare gli esami di riscontro, perché per tutto il corso del procedimento di interruzione della gravidanza viene ribadito il termine di legge per tale intervento, con costanti raccomandazioni a rispettarlo; inoltre constava ad apposita sottoscrizione della Caia in cartella clinica la comunicazione della necessità di eseguire il riscontro sull'esito dell'i.v.g. mediante l'esame BHCG. Si contestavano infine le voci di danno alla salute e la risarcibilità degli oneri per il mantenimento del nascituro.

Con comparsa del 7-1-99 il dr. Tizio si costituiva in giudizio premettendo di non essere mai stato il medico curante della Caia.

Richiamata la normativa sull'interruzione volontaria di gravidanza e precisato che tale intervento può non riuscire per i motivi più diversi (ad esempio per gravidanza plurigemellare), il sanitario convenuto ricordava che viene sempre effettuato esame istologico di quanto estratto per verificare l'esito dell'isterosuzione, e che la paziente viene informata della necessità di sottoporsi a visite di controllo e soprattutto di eseguire il controllo gonadotropine con l'esame BHCG, del che si ha traccia con l'espressa sottoscrizione del diario clinico che contempla tale esame. Rispetto al caso di specie, il sanitario convenuto sottolineava di essersi limitato a praticare l'intervento abortivo senza aver seguito la fase anteriore

e quella di dimissioni, per cui non poteva essere responsabile di alcuna carenza informativa in tali fasi. In ogni caso non era possibile che la Caia avesse firmato un atto attestante l'esigenza di sottoporsi ad esame BHCG senza essere stata informata sui tempi e modalità da seguire: tanto più che, avendo già praticato due interruzioni di gravidanza come desumibile dalla cartella di ricovero, era impossibile che non conoscesse le procedure e la necessità di esami ulteriori.

Nel merito delle modalità esecutive dell'intervento, il dr. Tizio osservava che l'esame istologico aveva rilevato che l'aborto era riuscito vista l'effettiva rimozione di materiale fetale, per cui la prosecuzione della gestazione si spiegava come conseguenza di una gravidanza plurigemellare, interrotta per uno solo dei feti: situazione particolare mai in precedenza segnalata all'operatore.

In diritto, si premetteva che non esiste un diritto all'aborto, e si contestava inoltre che ricorressero gli estremi di un danno patrimoniale risarcibile, tanto più che al padre competeva l'identico dovere di mantenimento. In ogni caso, se anche fosse stato vero quanto allegato dalla Caia, si faceva osservare che l'attrice avrebbe potuto legittimamente interrompere la gravidanza nel pieno rispetto dell'art. 6 della L. 194/78 nel periodo intercorrente tra il 28-5-98 e la metà del mese di agosto 1998, cioè 3 mesi dopo la scoperta della gravidanza. Da ultimo, con il mancato riconoscimento del figlio, consentito dalle norme sulla filiazione naturale, la madre avrebbe evitato il danno prospettato in citazione.

(...*Omissis*...)

Con sentenza 3646 depositata il 10 ottobre 2002 il Tribunale di Genova ha dichiarato la responsabilità contrattuale dell'Azienda Ospedaliera esponente e del dott. Tizio per l'esito negativo dell'intervento di i.v.g. praticato su Caia il 23-4-98 e per le carenze informative relative ai tempi degli esami cimici post dimissione e li ha condannati in solido al pagamento della somma di euro 38.847 in valuta odierna, con i soli interessi corrispettivi dalla data della sentenza al saldo effettivo, oltre le spese del giudizio e di c.t.u.; inoltre ha condannato le Compagnie assicuratrici a manlevare l'esponente Azienda dalle conseguenze tutte dell'accoglimento delle domande attrici, nonché a rimborsarle le spese del giudizio.

La responsabilità solidale dell'Azienda ospedaliera e del Tizio viene affermata, sotto un profilo, con la seguente motivazione: «*L'elaborato peritale, quindi, non evidenzia una specifica manovra imperita del medico operatore nella limitata fase dell'isterosuzione, ma sottolinea la bassa incidenza delle gravidanze non interrotte e la sostanziale routinarietà delle prestazioni, mettendo in luce una serie di possibili carenze della prestazione operatoria che possono spiegare l'esito inatteso, e che si sostanziano in possibili profili di colpa "in concreto". Di certo, il perito esclude che ci si trovasse di fronte ad una gravidanza plurigemellare - come nelle difese del ginecologo - e chi scrive ritiene pure da escludersi che nel corso dell'intervento sia stato prelevato alcun frammento embrionale, visto che poi nessuna malformazione si è registrata sulla bambina.*

A questo punto, diventa superfluo sottolineare che il c.t.a. prof. Z. evidenzia una specifica imperizia nell'esame clinico all'atto delle dimissioni, il cui corretto espletamento avrebbe dovuto evidenziare subito la prosecuzione della gravidanza, in quanto le regole sulla ripartizione dell'onere, probatorio in regime di responsabilità contrattuale - l'unico aizzionato dalla parte attrice - conducono ad un'inevitabile conclusione, ove si tenga presente la nota evoluzione giurisprudenziale sulle gestazioni sanitarie di natura "routinaria": l'Azienda convenuta non ha fornito alcuna dimostrazioni di un evento anomalo tale da rendere impossibile la corretta esecuzione dell'I. V.G sulla Caia».

Sotto un secondo ed autonomo profilo (insufficiente informazione) viene parimenti affermata la responsabilità (solidale, come chiaramente si vince dal dispositivo) dell'Azienda ospedaliera e del Tizio osserva il Tribunale che la sottoscrizione da parte della Caia, nella cartella clinica della sigla "BHCG" relativa all'esame clinico da eseguirsi per verificare i livelli delle gonadoterapie (che nella specie avrebbe consentito di appurare una gravidanza in atto) è inidoneo a concretare l'assolvimento dell'obbligo di informativa, che deve essere necessariamente completo, in quanto non è sufficiente a convincere che, momento delle dimissioni, sia stato realmente spiegato il significato della ricerca ormonale e, soprattutto, che sia stata segnalata alla Caia esigenza di procedere in tempi molto brevi a tale verifica.

(... *Omissis*...)

Avverso detta sentenza interponeva appello Caia, affidandosi a quattro motivi.

Con il primo motivo censurava la sentenza appellata per violazione dell'art. 1223 c.c. perché la liquidazione del danno era stata limitata a quello derivante dalla lesione della libertà di autodeterminazione, mentre avrebbe dovuto comprendere tutti i danni subiti per il negligente operato del medico e quindi tutte le spese necessarie per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione delle figlie fino al raggiungimento della sua indipendenza economica.

Con il secondo motivo censurava la sentenza gravata per l'erroneità dei criteri adottati nella determinazione del danno, pur nei limiti ristretti in cui lo stesso era stato riconosciuto. Con il terzo motivo si doleva delle inaccettabili valutazioni dell'espletata C.T.U. contabile richiamando le note critiche del suo C.T.P., da cui emergeva una corretta quantificazione del danno in lire 9584 milioni esclusi i danni all'integrità psicofisica.

Con il quarto motivo criticava l'impugnata sentenza per la negazione del danno biologico riportato da essa appellante. Infatti la consapevolezza di non poter far fronte al mantenimento e ai bisogni della figlia le avevano causato un grave stato di ansioso depressivo con rilevanti conseguenze sul suo stato di salute, come attestato da tre ricoveri ospedalieri, nell'ultimo dei quali era stata trovata affetta da Lupus Eritematoso Sistemico, originato da stress psichico.

(... *Omissis*...)

Motivi della decisione

(... *Omissis*...)

Per quanto attiene alla quantità del materiale aspirato in dipendenza dell'esistenza di una gravidanza gemellare, deve osservarsi che l'unica ecografia praticata prima dell'intervento non evidenziava, come per contro avrebbe dovuto, una gravidanza gemellare. Trattavasi di ecografia praticata dal ginecologo di fiducia della Caia, ossia dal prof. G. che era anche il primario del reparto in cui è stata praticata l'I.V.G.. Non si vede pertanto per quale ragione il Tizio avrebbe dovuto sopporre l'esistenza di una gravidanza gemellare e dubitare quindi della sufficienza della quantità del materiale aspirato, considerato altresì che il successivo curettage (da praticarsi, peraltro, con grande cautela per il rischio della perforazione della parete uterina) non aveva evidenziato la persistenza di residui ovulari.

La presenza per contro degli stessi costituisce la causa dell'insuccesso dell'intervento. Addossare al medico la causa dell'insuccesso nella descritta situazione significa in altri termini, una volta che sia dimostrato l'impiego di tutta la diligenza possibile, attribuirgli la responsabilità della gravidanza ignota con l'effetto di trattare come un'obbligazione

di risultato una obbligazione che viene comunque sempre descritta come un'obbligazione di mezzi.

Il CTU di primo grado, nel rispondere al quesito postogli sulle ragioni della mancata riuscita di un intervento di I.V.G., ha specificato, sulla scorta dei dati forniti dalla scienza medica, che gli insuccessi oscillano dall'uno al due per mille. Si tratta dunque di una limitatissima percentuale che trova la sua causa in anomalie intrauterine, in vizi di posizione dell'utero o in altre patologie uterine sconosciute. Non può dirsi dunque che la causa, sempre ovviamente in presenza di un intervento effettuato con la massima diligenza possibile, è giusta, se non nel senso che rimane incerta l'effettiva causa del singolo insuccesso, dovendo dunque detta causa essere identificata in una patologia uterina che ne ha consentito l'asportazione dell'intero «tessuto» embrionale.

In questo senso il Collegio ritiene dimostrata altresì la causa imputabile, con la conseguente esclusione, sotto il profilo in esame, della responsabilità del Tizio e, per esso, della struttura ospedaliera.

(... *Omissis*...)

Dalla istruttoria testimoniale che dette ragioni venivano sempre spiegate nel colloquio precedente le dimissioni, con l'indicazione di effettuare l'esame quindici giorni dopo l'intervento e consigliando la sua esecuzione in day hospital presso l'ambulatorio del reparto. Del resto è verosimile che un medico prescriva un esame da praticarsi con le modalità su indicate senza contemporaneamente indicare le finalità dello stesso, anche in considerazione della necessità di indicare il tempo della sua esecuzione poiché il BHCG effettuato prima di quindici giorni può rivelarsi inutile, con necessità di ripetizione.

Ad avviso della Corte, può fondatamente presumersi che alla Caia siano state segnalate sia le ragioni dell'esame, sia i tempi della sua effettuazione, di modo che la tardiva sua esecuzione va unicamente ascritta ad una sua trascuratezza.

(... *Omissis*...)

Al S.M. non può infine addebitarsi di non aver informato la Caia della necessità di eseguire l'esame BHCG prima della scadenza del termine di novanta giorni del concepimento. Il termine predetto è normativamente fissato (art. 4 legge n. 194/78) e doveva presumersi conosciuto dalla Caia, rientrando inoltre tale nozione ormai nel notorio acquisito alla comune esperienza. Presunzione in ogni caso avvalorata dal fatto che la Caia si era già in precedenza sottoposta a I.V.G.

(... *Omissis*...)

P.Q.M.

(... *Omissis*...)

in accoglimento degli appelli, principale ed incidentale, proposti dal Dott. Tizio, dalle Assicurazioni (... *Omissis*...) in integrale riforma della decisione di primo grado respinge le domande proposte da Caia (... *Omissis*...) condanna Caia a restituire a Tizio euro 35.500 (... *Omissis*...).

III

(... *Omissis*...)

Svolgimento del processo

Caia propone ricorso per cassazione, affidato a due motivi ed illustrato da successiva memoria, avverso la sentenza della Corte di Appello di Genova che, in riforma della sentenza di primo grado, ha rigettato la domanda risarcitoria da essa proposta nei confronti del dott. Tizio e della Azienda Ospedaliera S.M. a causa dell'insuccesso di un intervento di interruzione di gravidanza praticato presso l'Ospedale il 23/4/98.

L'Azienda Ospedaliera resiste con controricorso, proponendo due motivi di ricorso incidentale.

(... *Omissis*...)

Motivi della decisione

1.- I ricorsi incidentali, proposti nell'ambito del ricorso iscritto al n. 12801 del 2010 vanno decisi unitamente a quest'ultimo.

2.- Con il primo motivo, sotto il profilo della violazione di legge, la ricorrente principale lamenta la violazione «dei principi giuridici e normativi sottesi alla fattispecie in esame e vigenti in subiecta materia», con particolare riferimento all'onere probatorio. Con il secondo motivo, sotto il profilo del vizio di motivazione, la ricorrente principale si duole: a) del fatto che il giudice, nel valutare la CTU di secondo grado, si sia acquietato dei risultati derivanti dall'esame del "vetrino", compiuto a distanza di nove anni, senza motivare sulle ragioni di maggiore attendibilità di tale esame rispetto a quello compiuto nell'immediatezza e riportato in cartella clinica; b) del fatto che il giudice abbia ritenuto assolto l'obbligo di informazione pur in difetto di qualsiasi prova.

2.1.- Il ricorso principale è fondato.

Pur avendo correttamente precisato che i sanitari erano «onerati in primo luogo della prova di aver eseguito la prestazione con la diligenza richiesta il giudice di merito esclude la responsabilità del dott. Tizio (e dell'Azienda Ospedaliera) sul presupposto, in buona sostanza, che la gravidanza fosse gemellare e che tale circostanza, non evidenziata da ecografia eseguita circa venti giorni prima dell'intervento, fosse per l'operatore imprevedibile.

In tal modo la Corte di merito non fa però buon governo dei principi da essa stessa affermati.

Anche ammesso, infatti, che la gravidanza fosse gemellare, non può affermarsi che tale circostanza fosse, in caso di IVG, imprevedibile per un operatore di normale diligenza e tale perciò da porlo a riparo da responsabilità in caso di eliminazione di un solo embrione, tenuto conto che gli stessi CCTTUU - come si legge nella sentenza impugnata - affermano essere ipotesi rarissima l'eliminazione di un solo embrione nonostante isterosuzione e curettage della cavità.

Inoltre appare illogica - quanto all'informazione circa il tempo di esecuzione dell'esame BHCG, dovuta non dal dott. Tizio ma da chi fosse presente alla dimissione - la considerazione che, essendovi prova dell'informazione circa la necessità di esecuzione dell'esame, «può fondatamente presumersi che alla Bozza siano state segnalate sia le ragioni dell'esame, sia i tempi della sua effettuazione di modo che la tardiva sua. esecuzione va unicamente ascritta ad una sua trascuratezza», non tenendosi alcun conto del fatto che colei che si sottopone ad un intervento di IVG difficilmente sarà trascurata nell'esecuzione di un esame del sangue, purché ovviamente le siano stati spiegati il motivo ed i tempi di effettuazione dell'esame.

(... *Omissis*...)

P.Q.M.

La Corte, decidendo sui ricorsi riuniti, accoglie il principale (... *Omissis*...) cassa la sentenza impugnata e rinvia (...) alla Corte di Appello di Genova in diversa composizione.

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 1° agosto 2012, n. 7816 - Pres. Costanzo - Rel. Davini - Caia (Avv. Bernardini) c. Carlo (Avv. Brambilla).

FAMIGLIA - casa familiare - cessazione della convi-

venza more uxorio - affidamento esclusivo del minore - procedimenti instaurati prima dell'entrata in vigore della Legge n. 54/2006 - potere giudiziale di assegnazione della casa familiare - art. 155, 3° co, c.c., previgente - inapplicabilità.

(Art. 155 c.c., previgente; Legge n. 54/2006)

FAMIGLIA - casa familiare - cessazione della convivenza more uxorio - affidamento esclusivo del minore - provvedimento di assegnazione della casa familiare - atto soggetto a trascrizione - opponibilità ai terzi - art. 155-quater c.c. - applicabilità.

(Art. 155-quater, c.c.; Art. 2643 c.c.)

IPOTECA - anteriorità dell'iscrizione ipotecaria - genitore affidatario - provvedimento di assegnazione della casa familiare - creditore pignorante e aggiudicatario - inopponibilità - art. 155-quater c.c. - applicabilità - provvedimento di assegnazione non trascritto - opponibilità infranovenale ex art. 1599 c.c. - inapplicabilità.

In riferimento ai procedimenti instaurati nanti il Tribunale per i minorenni, anteriormente all'entrata in vigore della Legge n. 54/2006, deve escludersi l'esistenza di un potere del Giudice minorile concernente l'assegnazione della casa familiare al genitore affidatario del minore, non rinvenendosi un orientamento giurisprudenziale edito in allora, favorevole all'estensione analogica dei poteri decisionali spettanti al Tribunale ordinario, ex art. 155, 3° co., c.c. previgente. (Nella fattispecie, il Giudice minorile aveva affidato i minori alla madre, precisando che gli stessi avrebbero continuato ad "abitare con lei" nella casa familiare. A giudizio del Tribunale, il provvedimento del giudice minorile si era pertanto limitato ad indicare la dimora dei figli, senza nulla statuire in merito all'assegnazione del predetto immobile all'affidataria. In ogni caso, il provvedimento in questione, mai trascritto, aveva perduto la sua asserita opponibilità ai terzi, essendo ormai decorso il termine di nove anni dalla presunta assegnazione).

L'art. 155-quater c.c., applicabile anche ai procedimenti relativi ai genitori non coniugati, secondo quanto previsto dall'art. 4, 2° co., Legge 8 febbraio 2006, n. 54, stabilisce che il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili ed opponibili ai terzi, a sensi dell'art. 2643 c.c., richiamando con ciò il regime degli atti soggetti a trascrizione.

È pertanto indubbio che l'ipoteca iscritta sull'immobile in data antecedente alla trascrizione dell'assegnazione della casa familiare renda detta assegnazione inopponibile al creditore ipotecario (art. 2812 c.c.). Le medesime considerazioni valgono per il caso di vendita e aggiudicazione dell'immobile, atteso che l'aggiudicatario, acquistando i suoi diritti dall'esecuzione, subentra nella stessa posizione del creditore procedente.

L'art. 155-quater c.c. non contenendo un rinvio esplicito all'art. 1599 c.c. - riferimento che è invece rimasto invariato nell'art. 6 della Legge 898/1970 - ha indotto la dottrina ad interrogarsi sulle ragioni di tale opzione legislativa, e dunque, sull'applicabilità o meno, nel contesto dei procedimenti di separazione tra genitori coniugati e non, del principio di opponibilità ai terzi del provvedimento di assegnazione infranovenale non trascritto.

In ogni caso, tralasciando ogni considerazione circa gli orientamenti della dottrina sul punto in questione, occorre precisare che la Cassazione, con decisione adottata a sezioni unite, ha ritenuto presupposto imprescindibile, ai fini dell'opponibilità infranovenale del provvedimento di assegnazione non trascritto, l'anteriorità di detta assegnazione rispetto all'iscrizione di ipoteca sull'immobile, o alla

trascrizione della vendita e del pignoramento; l'opinione contraria, produrrebbe l'assurdo risultato che un'assegnazione trascritta a distanza di tempo dal pignoramento possa vanificare per anni l'esecuzione e che la parte assegnataria riesca, con provvedimenti di conferma successivi, a traslarne l'opponibilità.

(Nel caso in oggetto, il Tribunale aveva recepito un accordo tra coniugi in merito all'assegnazione della casa familiare, accordo che era stato trascritto in data anteriore al pignoramento, ma in epoca successiva all'iscrizione di ipoteca).

(Conforme: Cass. sez. un., 26 luglio 2002, n. 11096; Cass. sez. I, 2 aprile 2003, n. 5067)

SO.C.

(... Omissis...) In fatto e in diritto

Caia e Tizio erano due conviventi e dal loro legame erano nati due figli. Il 25 marzo 2002 su richiesta di entrambi i genitori il Tribunale dei Minorenni di Genova statuiva che i due minori fossero affidati alla madre e convivessero con lei nell'abitazione sita in Genova Via Nuova n. 16/1; tale abitazione all'epoca non era né di proprietà della Caia né del Tizio. Il provvedimento del Tribunale dei Minorenni di Genova non era mai stato trascritto.

Da allora Caia e Tizio, come da dichiarazione resa dalla reclamante in udienza, non vissero più insieme.

Il 1° aprile 2004 con due atti trascritti poi in data 5 aprile 2004, da una parte il Tizio diventava proprietario dell'immobile sito in Genova Via Nuova n. 16/1; dall'altra sullo stesso immobile era iscritta un'ipoteca a garanzia di un mutuo erogato dalla Unicredit Banca S.p.A. al Tizio.

Il 15 ottobre 2007 il Tribunale di Genova recepiva un verbale di accordo fra i due ex conviventi in cui era stabilito che la casa sita in Genova Via Nuova n. 16/1 fosse assegnata a Caia quale madre dei due minori a lei affidati.

Tale accordo contenente l'assegnazione era trascritto solo dopo circa due anni in data 15 giugno 2009.

Pochi giorni dopo la trascrizione, avendo il Tizio cessato di pagare le rate di mutuo, l'immobile era pignorato con pignoramento trascritto in data 20 luglio 2009 dalla Aspra Finance S.p.A., a cui la Unicredit Banca S.p.A. aveva ceduto il suo credito ipotecario.

Caia proponeva opposizione di terzo davanti al giudice dell'esecuzione osservando che l'assegnazione dell'abitazione fatta dal Tribunale nel 2007 al creditore precedente era opponibile.

Il Giudice dell'esecuzione con ordinanza del 12 novembre 2010, dopo avere osservato che il pignoramento era stato notificato prima della trascrizione dell'assegnazione, respingeva la richiesta di sospensione osservando che ai sensi dell'art. 2812 c.c. i diritti di abitazione, di usufrutto od altri diritti ad essi assimilabili (quale doveva ritenersi l'assegnazione della casa al genitore affidatario) non potevano prevalere sull'ipoteca se trascritti posteriormente alla iscrizione dell'ipoteca.

La Caia non iniziava la causa di merito dell'opposizione.

L'immobile, sia pure ad un prezzo ribassato tenendo conto dell'occupazione di fatto, era posto in vendita ed aggiudicato a Carlo.

Dopo il pagamento del prezzo il Giudice dell'esecuzione pronunciava in data 31 agosto 2011 decreto di trasferimento ed ordinava la liberazione dell'immobile.

Contro il precetto di rilasciare l'immobile notificato da Carlo, la Caia proponeva opposizione e tale giudizio, in cui allo stato non sono state prese decisioni circa la sospensione dell'esecuzione, è ancora oggi in corso.

Carlo notificava alla Caia un preavviso di sfratto ex art. 608 c.p.c. contro cui proponeva opposizione la Caia ribadendo la opponibilità del proprio diritto di abitazione, opponibilità di cui l'aggiudicatario era pienamente consapevole, e chiedendo la sospensione dell'esecuzione.

Il Giudice dell'esecuzione con l'ordinanza in data 15 giugno 2012 oggi reclamata, dopo aver osservato che il titolo di liberazione dell'immobile si era validamente formato e che l'acquirente si trovava nella stessa posizione del creditore pignorante, richiamato il proprio provvedimento e ribadito che era decisivo l'ordine delle trascrizioni, in cui la prima ad essere iscritta era stata l'ipoteca, respingeva la richiesta di sospensione. Contro l'ordinanza la Caia proponeva reclamo osservando:

- che il provvedimento di assegnazione del 2002, anche se non trascritto, era opponibile secondo la Suprema Corte (*Cassazione civile, sez. un., 26/07/2002, n. 11096*) per 9 anni fino al 2011 al creditore ipotecario: essa pertanto prevaleva sull'ipoteca iscritta nel 2004;
- che l'assegnazione del 2007, trascritta prima del pignoramento, prevaleva sul pignoramento data l'antiorità della trascrizione. (... Omissis...)

Ritiene il Collegio, pur dando atto della complessità della questione, che non sussistono i gravi motivi per sospendere l'esecuzione e che pertanto il reclamo vada respinto.

Parte reclamante sostiene l'esistenza di una doppia opponibilità: una prima opponibilità della durata di nove anni del provvedimento di assegnazione del 2002, che neutralizzerebbe l'efficacia dell'ipoteca iscritta posteriormente, ed una seconda opponibilità del provvedimento di assegnazione del 2007, che prevarrebbe sul pignoramento in quanto trascritto anteriormente.

Circa il provvedimento del 2002 non pare che si possa ritenere che ci sia o ci sia stata una opponibilità al creditore pignorante.

In primo luogo il provvedimento del Tribunale dei Minorenni del 25 marzo 2002 disponendo "affida i minori Tizietta e Tizietto alla madre Caia che con lei abiteranno nell'alloggio di Via Nuova 16-1 Genova" da un punto di vista letterale si limitava ad indicare ove avrebbero dimorato i figli ma non diceva che tale appartamento era assegnato alla madre.

Del resto solo con la Legge 8 febbraio 2006 n. 54 al Tribunale è stato riconosciuto il potere, in caso di genitori non coniugati, di assegnare l'immobile al genitore affidatario dei minori; pertanto alla luce di questo dato normativo, dell'assenza all'epoca di un orientamento giurisprudenziale edito favorevole ad una applicazione analogica, ed in mancanza di una motivazione nel provvedimento del Tribunale dei minori sull'estensione dell'assegnazione della casa all'ipotesi di genitori non coniugati, la conclusione interpretativa che il provvedimento del 2002 non contenesse alcuna assegnazione appare la più probabile.

In secondo luogo, non coltivando l'opposizione di terzo, sostanzialmente la Caia ha rinunciato a far valere l'assegnazione del 2002 nei confronti del creditore ipotecario precedente. Infine sono ormai passati 9 anni dalla emanazione del provvedimento di assegnazione e pertanto in ogni caso il provvedimento ha perso la sua asserita opponibilità.

Circa il provvedimento di assegnazione della casa del 2007 (su cui si può nutrire qualche perplessità in quanto all'epoca da anni non era la casa di comune abitazione dei conviventi, si veda in proposito *Cassazione civile, sez. I, 15/09/2011, n. 18863*) il punto di riferimento normativo è l'art. 155 quater c.c., applicabile anche ai genitori non coniugati ex art. 4, 2°

comma della Legge 8 febbraio 2006 n. 54.

L'art. 155 quater c.c. dispone che "il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643", richiamando pertanto il regime degli atti soggetti a trascrizione.

È indubbio che l'ipoteca, iscritta nel 2004, prevalga sulla trascrizione dell'assegnazione avvenuta nel 2009 e renda tale assegnazione inopponibile al creditore ipotecario (cfr. *Cassazione civile*, sez. III, 01/06/2006, n. 13137).

L'aggiudicatario, acquistando i suoi diritti dall'esecuzione, in un certo senso subentra nella posizione del creditore procedente e pertanto neanche a lui può essere opposta l'assegnazione.

Né si può sostenere, equivocando su alcuni passaggi delle motivazioni della Cassazione, che l'assegnazione della casa del 2007, anche se trascritta dopo l'ipoteca, debba essere comunque considerata opponibile a prescindere dalla tardiva trascrizione per la durata di nove anni dal 2007.

Premesso che l'art. 155 quater c.c. non contiene il rinvio all'art. 1599 c.c., su cui si basava (in base all'art. 6 della Legge 898/1970 ed a Corte Costituzionale 454/1989) l'opponibilità per la durata di nove anni della assegnazione non trascritta, ed è quindi assai dubbio in dottrina se sia ancora opponibile l'assegnazione non trascritta, si deve osservare che in realtà né nella sentenza delle Sezioni Unite (*Cassazione civile*, sez. un., 26/07/2002, n. 11096) né in quelle successive, tutte relative a provvedimenti di assegnazione emessi anteriormente alla vendita, viene stabilito questo principio.

Infatti il presupposto per l'opponibilità è che l'assegnazione non trascritta sia anteriore alla iscrizione dell'ipoteca, o alla trascrizione della vendita o del pignoramento; opinare diversamente comporterebbe il risultato assurdo che una assegnazione non trascritta ottenuta a distanza di anni dal pignoramento riuscirebbe a vanificare per anni l'esecuzione e che la parte assegnataria riuscirebbe con provvedimenti di conferma successivi nel tempo a traslare nel tempo l'opponibilità.

Tenuto conto della complessità del caso, dei mutamenti di normativa intervenuti e del fatto che non ci sono precedenti specifici, ritiene il Collegio che ricorrano quelle eccezionali circostanze che giustificano ai sensi dell'art. 92,2° comma c.p.c. una compensazione delle spese.

P.Q.M.

Respinge il reclamo proposto da Caia.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 24 ottobre 2012 - Pres. Bonavia - Est. Silva - Notaio Tizio c. Equitalia Nord S.p.A. e Agenzia del territorio.

IPOTECA - pubblicità costitutiva - doppia iscrizione in base ad un medesimo titolo - la seconda non priva d'efficacia la prima - poteri della Conservatoria dei Registri Immobiliari - limiti - omissioni e inesattezze nei titoli o nelle note - rettificazioni - efficacia dalla data in cui avviene l'annotazione a margine dell'iscrizione originaria.

(Artt. 2841, 2852 e 2886 c.c.)

Una seconda iscrizione ipotecaria non rende inefficace la prima, cui già si sia provveduto in virtù del medesimo titolo.

In base all'art. 2886 c.c. la Conservatoria può eseguire annotazioni sui pubblici registri solo in forza di un titolo che glielo ordini.

L'art. 2841 c.c. consente la rettifica delle inesattezze in cui l'iscrizione sia incorsa, salvo che queste inducano incertezza sulla persona del creditore o del debitore o sull'ammontare del credito ovvero sulla persona del proprietario del bene gravato, o sull'entità dei singoli beni ipotecati.

A.FONT.

(...Omissis...)

I fatti che hanno preceduto l'instaurazione del procedimento sono stati esposti concordemente dalle parti:

Equitalia, avendo un credito nei confronti di Y Gianfranco, aveva, in data 11/9/2006, iscritto ipoteca sull'immobile di Via Canevari 11/30 a Genova, di cui il Y era proprietario per ¼, essendo proprietaria dei residui ¾ la moglie del Y, signora M. Grazia Antico.

Erroneamente però l'iscrizione era stata effettuata sulla quota di 1/2, superiore quindi a quella appartenente al Y. La Antico, dovendo cedere l'immobile, aveva proposto un'azione di accertamento chiedendo in via principale di accertare la nullità dell'iscrizione ipotecaria e di ordinarne la cancellazione e, in subordine, che ne fosse ordinata la rettifica. Nella causa era intervenuto anche il Y associandosi alle domande della moglie.

Il Tribunale di Genova da essa adito pronunciava la sentenza n. 845 del 22/2/2011 nella quale, respinta la domanda principale, accoglieva la domanda subordinata e disponeva la rettifica dell'iscrizione del 2006.

Equitalia però, anziché chiedere la correzione dell'iscrizione originaria, come stabiliva la sentenza, aveva richiesto in data 28/4/2011 una nuova iscrizione questa volta sulla quota di ¼. A questo punto il Notaio Tizio X, agendo nell'interesse del Y quale notaio rogante l'atto di compravendita con cui il Y aveva venduto l'immobile di sua proprietà, sostenendo l'impossibilità che uno stesso titolo desse luogo a due distinte ipoteche a garanzia dello stesso credito, si è rivolto alla Conservatoria chiedendo la cancellazione dell'iscrizione del 2006, e, a fronte del rifiuto oppostogli, ha proposto reclamo ai sensi dell'art. 2888 c.c., chiedendo al Tribunale di ordinare alla Conservatoria di cancellare l'iscrizione del 2006.

Poiché nelle more del procedimento Equitalia ha provveduto ad effettuare ciò che la sentenza del Tribunale del febbraio 2011 aveva disposto, ossia a correggere l'iscrizione originaria, cancellando quindi quella del 2011, il Tribunale ha dichiarato non luogo a provvedere sull'istanza presentatagli dal Y, sostenendo che era venuto meno l'interesse ad ottenere la pronuncia richiesta.

Contro la pronuncia è stato proposto reclamo davanti a questa Corte affermando che l'interesse ad ottenere il provvedimento richiesto persisteva perché, qualora l'iscrizione del 2006 fosse stata cancellata, sarebbe rimasta in vita solo quella successiva, la quale aveva un grado diverso essendo successiva di quasi cinque anni alla prima.

Il reclamante afferma che la nuova iscrizione, richiesta da Equitalia nel 2011, ha reso inefficace quella originaria del 2006, e che, avendo la pubblicità ipotecaria natura costitutiva, non poteva Equitalia "aggiustare" l'errore commesso nel 2011, allorché ha iscritto una nuova ipoteca anziché correggere quella originaria, poiché, qualora venissero consentiti tali condotte, verrebbero lesi i diritti dei terzi che potrebbero apprendere dai registri immobiliari notizie non veritiere, in quanto suscettibili di smentite successive.

Osserva la Corte che, indubbiamente le argomentazioni del reclamante sono fondate e condivisibili laddove sottolineano

la natura costitutiva della pubblicità ipotecaria, tale per cui la garanzia ipotecaria sussiste solo in quanto annotata sui pubblici registri, e che ciò determina l'impossibilità che uno stesso titolo possa dare luogo a due distinte annotazioni.

Tuttavia il reclamante non considera da un lato che nessuna disposizione stabilisce che un'iscrizione successiva, fatta per un titolo per cui già esiste una precedente iscrizione, rende inefficace la prima e che, ai sensi dell'art. 2886 c.c., la Conservatoria può eseguire delle annotazioni sui pubblici registri solo in forza di un titolo che glieli ordini mentre la sentenza pronunciata dal Tribunale non disponeva la cancellazione dell'iscrizione originaria ma solo la rettifica; dall'altro che l'art. 2841 c.c. consente (naturalmente in presenza di un titolo che lo disponga e ciò ai sensi dell'art. 2866 c.c.) la correzione degli errori che affliggano l'iscrizione, e che non determinino incertezza sulla persona del creditore, o del debitore o sull'ammontare del debito, ovvero sulla persona del proprietario del bene gravato o sull'identità dei singoli beni gravati.

Nella specie quindi, qualora il Y avesse voluto ottenere la cancellazione dell'iscrizione del 2006 sostenendo, ad esempio, che essa non consentiva d'individuare con esattezza i beni gravati da ipoteca, avrebbe dovuto impugnare la sentenza del febbraio 2011, che aveva -come si è visto- respinto la domanda di nullità dell'iscrizione, insistendo perché fosse dichiarata la nullità, e fosse conseguentemente ordinata la cancellazione, dell'iscrizione. In caso contrario la Conservatoria non poteva che operare in conformità del titolo giudiziale esistente, che aveva unicamente disposto la correzione e non la cancellazione dell'iscrizione originaria.

In contrario non vale invocare l'effetto costitutivo della pubblicità ipotecaria, poiché esso è comunque salvaguardato dal fatto che i provvedimenti di correzione che intervengono su precedenti iscrizioni producono effetto esclusivamente *ex nunc*, ossia dalla data in cui avviene l'annotazione a margine dell'iscrizione originaria.

Il reclamo va conseguentemente respinto.

La complessità delle questioni trattate ed il fatto che la proposizione del reclamo è stata causata anche dal comportamento contraddittorio di Equitalia, pare equo dichiarare compensate le spese di lite, tra il reclamante ed Equitalia. Non è necessario provvedere in ordine alle spese dell'Amministrazione del Territorio poiché questa si è costituita tramite proprio funzionario (cfr. Cass. n. 11389 del 24/05/2011 e n. 18066 del 27/08/2007).

P.Q.M.

La Corte d'Appello respinge il reclamo.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 27 giugno 2012 - Pres. Sanna - Rel. Castiglione - G.R. (Avv.ti Sbrana, Fizzotti e Scarfi) c. F.F. (Avv.ti A. Taramasso, Salvatico e C. Taramasso).

POSSESSO e azione possessoria - esperibilità - requisiti.

(Artt. 1168 e segg. c.c.)

Il possesso deve corrispondere all'esercizio della proprietà o di un altro diritto reale e pertanto richiede l'instaurazione di un rapporto con la cosa, nel quale si sostanzia il corpus possessionis e nel quale si manifesta l'intenzione o animus dominicale. Nella specie, non è stato ritenuto concepibile il possesso di un terreno, esercitato scavalcando il muro di recinzione di un fondo di pro-

prietà aliena e sfruttando l'esistenza di un varco nella rete di recinzione, in quanto questo fatto non denota l'apprensione della cosa, che conferisce il corpus al possesso e non palesa l'intenzione dell'agente di esercitare un diritto reale, e cioè di comportarsi come il titolare della proprietà o di una servitù di passo, ma rappresenta soltanto lo sfruttamento precario di una situazione contingente.

RO.NE.

(... Omissis...) Fatto

Col ricorso introduttivo del presente giudizio la signora F.F. affermava di essere comproprietaria - con la signora G.R. - di un fondo sito in Comune di Albenga, costituito da terreno con entrostante fabbricato. La signora G.R. e la società R., proprietari esclusivi di due fondi confinanti con quello della ricorrente, avevano recintato la loro proprietà: intanto avevano costruito un muretto di recinzione, sormontato da ringhiera metallica, che aveva chiuso l'accesso ad una striscia di terreno esistente sul lato ovest del fabbricato di proprietà - *rectius* comproprietà - della ricorrente. La quale denunciava lo spoglio di una striscia di sedime, cui non aveva più possibilità di accesso, e chiedeva la reintegrazione del possesso. I convenuti si opponevano all'accoglimento del ricorso, osservando che la recinzione era sempre esistita e le opere di ripristino e ripresa del muretto non avevano modificato sostanzialmente lo stato dei luoghi. In esito all'istruttoria sommaria della causa il Tribunale accoglieva il ricorso. Il processo proseguiva nella fase a cognizione piena con l'escussione dei testi indicati da entrambe le parti e con l'espletamento di CTU volta sostanzialmente a descrivere lo stato dei luoghi ed accertare l'epoca di costruzione del muretto. Quindi il Tribunale decideva la causa con sentenza, con la quale accoglieva la domanda attrice - intanto confermava il provvedimento interdittale - condannando i convenuti al pagamento delle spese di causa. Questi hanno proposto appello contro la sentenza del Tribunale, col quale contestano il vizio di ultrapetizione in cui sarebbe incorso il primo giudice e l'ingiustizia della sentenza, che avrebbe fatto malgoverno delle risultanze istruttorie. In subordine hanno anche proposto un motivo autonomo di appello contro la liquidazione delle spese del primo grado di giudizio. L'appellata resiste all'impugnazione, opponendosi al suo accoglimento. La causa d'appello è stata trattenuta in decisione dalla Corte all'udienza del 10.04.12 sulle conclusioni delle parti trascritte in epigrafe.

Diritto

La difesa degli appellanti osserva che la sentenza del Tribunale, laddove ha previsto la demolizione di una parte del muretto, è andata oltre la richiesta della ricorrente. La quale aveva ammesso che il muretto preesisteva. Aveva soltanto precisato che esso era sormontato da una rete metallica e che esisteva un varco nella rete di recinzione largo circa trenta centimetri attraverso il quale era possibile entrare nel suo fondo scavalcando il muretto. I testi indicati dalla ricorrente hanno confermato questa versione dei fatti, precisamente hanno ricordato tutti l'esistenza di un varco nella rete di recinzione che consentiva di entrare nel fondo scavalcando agevolmente con le gambe il muretto che era alto circa cinquanta centimetri. Diversamente il nuovo muretto, costruito dagli appellanti, essendo sormontato da una ringhiera in plastica, preclude l'accesso al fondo della signora F.F. Il CTU - officiato dal Tribunale - ha accertato che la posa in opera della nuova rete in plastica sul muretto di recinzione ha completamente intercluso il

fondo della ricorrente, non esistendo altra possibilità di accesso. Il Tribunale ha accolto il ricorso, incorrendo nel vizio di ultrapetizione: infatti ha ordinato la demolizione di una parte del muretto, e precisamente delle parti che insiste sul fondo della ricorrente, contrassegnata con le lettere C' - D nei documenti prodotti in giudizio, che presumibilmente corrisponde per ubicazione e larghezza al varco preesistente nella vecchia recinzione. A ben vedere, il vizio della pronuncia è stato indotto nel giudicante da un vizio di prospettazione della domanda, che attiene al merito della causa. Invero il possesso deve corrispondere all'esercizio della proprietà o di un altro diritto reale. Esso richiede l'instaurazione di un rapporto con la cosa, nel quale si sostanzia il *corpus possessionis* e nel quale si manifesta l'intenzione o *animus* dominicale. Nella fattispecie, non è concepibile il possesso di un terreno, che si esercita scavalcando il muro di recinzione di un fondo di proprietà aliena e sfruttando l'esistenza di un varco nella rete di recinzione. Questo fatto non denota l'apprensione della cosa, che conferisce il *corpus* al possesso, e non palesa l'intenzione dell'agente di esercitare un diritto reale, ovvero di comportarsi come il titolare della proprietà o di una servitù di passo, ma rappresenta soltanto lo sfruttamento precario di una situazione contingente, come l'esistenza di un buco nella rete. L'esistenza del varco - anche protratta per molti anni - ed il fatto che occasionalmente la signora F.F. ne abbia approfittato per accedere alla sottile striscia di terreno retrostante la casa non denota l'apprensione e la conservazione di un possesso - *corpore et animo* - tutelabile con l'azione di spoglio. Mentre accoglie l'appello - intanto, riformando la sentenza impugnata, respinge il ricorso - compensa interamente tra le parti le spese dell'intero giudizio. Ravvisa valide ragioni per la compensazione delle spese nella natura dei fatti oggetto del giudizio, sulla base dei quali è stata rilevata d'ufficio l'inesistenza del possesso, erroneamente prospettata nel ricorso.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando nella causa civile d'appello contro la sentenza del Tribunale di Savona Sezione distaccata di Albenga in data 12/13.10.06 n. 222 accogliendo l'appello e riformando la sentenza impugnata, respinge il ricorso della signora F.F.

I

Tribunale Civile di Genova, 1 agosto 2011 - Pres. Haupt - Rel. Scarzella.

SEPARAZIONE di coniugi - separazione giudiziale - affidamento condiviso - collocamento paritario del minore presso entrambi i genitori - equivalenza economica dei genitori - regime del mantenimento diretto - sussiste.

(Art. 155 c.c.)

Allorché i coniugi abbiano attuato un regime di frequentazione paritaria del figlio minore (nella specie trascorrendo con esso in alternanza quindici giorni ciascuno) e ciò corrisponda, per modalità con cui è attuato all'interesse del minore, si realizza un sistema di affidamento condiviso perfetto, sia dal punto di vista qualitativo che quantitativo. (1)

In ipotesi di frequentazione paritaria del minore da parte di ciascuno dei genitori e ricorrendo la loro sostanziale equivalenza

delle condizioni economiche, si giustifica il regime di mantenimento diretto del minore. (2)

(1-2) Con nota di Stefanelli, in *Diritto e processo*, 2011, pag. 275 e segg.

A.M.O.C.

II

Corte d'Appello di Genova, 22 settembre 2012, n. 112 - Pres. Sanguiuolo - Rel. Latella.

SEPARAZIONE di coniugi - separazione giudiziale - affidamento condiviso - collocamento paritario del minore presso entrambi i genitori - assegno di contributo al mantenimento dello stesso - non sussiste.

SEPARAZIONE di coniugi - separazione giudiziale - affidamento condiviso - collocamento paritario del minore presso entrambi i genitori - spese straordinarie - sono tali anche le spese per abbigliamento e ludiche, purché previamente concordate e documentate.

(Art. 155 c.c.)

La condivisione del figlio minore per quindici giorni al mese presso ciascuno dei genitori, giustifica il regime di mantenimento diretto del minore stesso. In ogni caso, l'assegno per i figli non deve riequilibrare i redditi dei genitori, anche se questi ultimi costituiscono il fondamento della determinazione del contributo di ognuno per il mantenimento della prole.

Nel disaccordo delle parti e nell'ambito del regime del mantenimento diretto, si devono considerare straordinarie (oltre alle spese mediche extra S.S.N., scolastiche comprese quelle di mensa e sportive) anche le spese per abbigliamento e ludiche, da dividersi per la metà tra i genitori, purché documentate e previamente concordate.

A.M.O.C.

I

(... *Omissis*...) **Motivi in fatto e diritto**

La domanda di separazione giudiziale, cui parte resistente ha aderito, deve essere accolta, sussistendo le condizioni di cui all'art. 151 c.c.; entrambi i coniugi, hanno evidenziato l'insorgere di una crisi irreversibile nel corso del 2008 che ha determinato una frattura affettiva non più ricomposta dell'unione coniugale.

L'unico punto controverso delle vertenze riguarda la richiesta di assegno di mantenimento per il figlio minore, avanzata dalla ricorrente e di cui parte resistente chiede invece l'esonero, deducendo la sostanziale collocazione paritaria del figlio ed il conseguente mantenimento diretto dello stesso da parte di entrambi proporzionalmente alle effettive capacità reddituali.

La domanda riconvenzionale del convenuto di mantenimento diretto del figlio minore è fondata e va pertanto accolta per le seguenti considerazioni.

Con ordinanza presidenziale in data 6.11.09 veniva disposto l'affidamento condiviso del minore, la collocazione dello stesso presso la madre rimettendo le modalità di visita col padre all'accordo delle parti ed un contributo di mantenimento a carico del padre di 200,00 euro mensili oltre al 50% delle spese straordinarie.

Con successivo provvedimento 5.7.2010 il g.i., nella persona della scrivente, disponeva l'aumento a 250,00 euro mensili dell'assegno *de quo*, respingeva le istanze istruttorie della ricorrente rinviando quindi la causa per la precisazione delle conclusioni.

Premesso che va confermata in questa sede la valutazione di inammissibilità dei capitoli dedotti dalla ricorrente perché relativi a circostanze documentali o irrilevanti ai fini della decisione, va preliminarmente evidenziato che costituisce circostanza pacifica, in quanto non *ex adverso* contestata, che i coniugi abbiano attuato un regime di frequentazione paritario del figlio minore, trascorrendo con il medesimo circa 15 giorni ciascuno, data la piena disponibilità del resistente - attualmente in regime di mobilità - a occuparsi dello stesso per coprire le assenze materne dovute a pesanti impegni di lavoro, regime di cui entrambe le parti chiedono in questa sede la conferma.

Premesso ciò, il collegio ritiene che altrettanto equivalenti siano le attuali condizioni economiche delle parti, atteso che la ricorrente, occupata a tempo pieno come commessa in un panificio con contratto a tempo indeterminato, risulta percepire un reddito annuo lordo pari a 17.110,02 euro come da CUD 2011 prodotto, risulta gravata da oneri alloggiativi per circa 650,00 euro comprensivi di spese di amministrazione nonché proprietaria di una abitazione a M. dove vivono i suoi genitori; il Caio, per contro, risulta essere attualmente in regime di mobilità da cui percepisce la somma mensile di circa 600,00 euro, regime che ha fatto seguito ad un periodo breve di cassa integrazione, dalla documentazione fiscale prodotta - Modello 730/2010 - emerge un reddito complessivo, comprensivo del reddito da fabbricati e del reddito da lavoro, pari ad euro 11.636,00, né può più disporre dell'aiuto economico derivante dalla pensione ed indennità di accompagnamento della nonna convivente, essendo la stessa deceduta.

La sua precaria condizione reddituale è in parte compensata dall'assenza di oneri alloggiativi, posto che lo stesso vive nella ex casa coniugale di sua esclusiva proprietà.

Tali circostanze, dalle quali si evince la sostanziale equivalenza delle posizioni economiche delle parti in un contesto, pacifico, di frequentazione paritaria del minore, che si ritiene di dover confermare apparendo conforme all'interesse e alle abitudini dello stesso, giustificano il regime di mantenimento diretto del bambino come richiesto dal convenuto.

Tale soluzione è del resto percorribile sulla base del disposto del 2° comma dell'art. 155 c.c. laddove dispone che il Giudice fissi "la misura e il modo" con cui ciascuno dei genitori deve contribuire al mantenimento, alla cura e all'istruzione dei figli.

Nel caso in esame, attesa l'equivalenza del regime di frequentazione del minore con entrambi i genitori, con conseguente attuazione di un sistema di affidamento condiviso perfetto, sia da un punto di vista quantitativo che qualitativo, il "modo" più equo di contribuzione nei confronti del figlio, considerata la sostanziale parità reddituale dei coniugi e quindi l'insussistenza dei presupposti per disporre un assegno perequativo a carico di uno di essi, si ritiene debba essere quello del mantenimento diretto, criterio del resto fatto proprio dal disegno di Legge n. 957 di prossima attuazione. (...*Omissis*...)

P.Q.M.

Definitivamente pronunziando, ogni contraria istanza ed eccezione disattesa, dichiara la separazione personale dei coniugi Tizia e Caio.

Conferma il regime di affidamento condiviso del figlio minore ed il regime di frequentazione paritario in atto con entrambi i genitori.

Dispone che entrambe le parti provvedano al mantenimento diretto del minore nei periodi di loro spettanza ponendo a ca-

rico degli stessi il 50% delle spese straordinarie mediche extra SSN, scolastiche, comprese quelle di mensa, e sportive, previamente concordate e documentate.

Respinge le domande di contributo al mantenimento del figlio proposta da parte ricorrente. (...*Omissis*...)

II

(...*Omissis*...) **Motivi in fatto e diritto**

Con sentenza n. 3205 dell'11 agosto 2011, il Tribunale di Genova, adito con ricorso per separazione promosso da Tizia, definendo il giudizio, ha dichiarato la separazione personale dei coniugi, confermato il regime di affidamento condiviso del figlio minore e di frequentazione paritario in atto con entrambi i genitori, ha disposto che entrambe le parti provvedano al mantenimento diretto del minore nei periodi di loro spettanza ponendo a carico degli stessi il 50% delle spese straordinarie mediche extra SSN, scolastiche, comprese quelle di mensa, e sportive, previamente concordate e documentate; ha respinto le domande di contributo al mantenimento del figlio proposta dalla parte ricorrente; ha, infine, compensato integralmente le spese del giudizio.

Riteneva il tribunale che costituiva circostanza pacifica il paritario regime di frequentazione, concordato fra le parti, dei genitori con il figlio minore, per cui, considerata anche l'equivalenza delle condizioni economiche delle parti, disponeva il regime di mantenimento diretto del bambino, accogliendo una richiesta in tal senso della parte convenuta.

Avverso detta sentenza, ha proposto appello Tizia, lamentando l'affermazione del rapporto paritario dei genitori con il figlio, circostanza mai provata. Non sarebbe vero neppure che si trattasse di regime concordato fra i genitori. Il minore vive pacificamente presso la madre. Il minore permane presso il padre a week end alternati, oltre il giovedì, circostanza affermata e mai contestata. I redditi di essi genitori non sarebbero paritari. Il Caio è proprietario dell'immobile in cui vive ed anche di un box di notevole valore; nelle more del giudizio di primo grado è stato assunto da una società che si occupa di forniture di medicinali presso gli ospedali e percepisce reddito di circa 1800,00 euro al mese dal febbraio 2011. La sua situazione economica, pertanto, è notevolmente migliorata, per cui l'assegno di mantenimento deve essere determinato nella misura di € 500,00 mensili. Ha concluso, chiedendo quanto in epigrafe trascritto.

Si è costituito, resistendo al gravame di cui ha chiesto, in via pregiudiziale, l'inammissibilità e improcedibilità perché la situazione sostanziale sarebbe coperta da giudicato, nel merito, il rigetto dell'appello, con la conferma della sentenza gravata e la condanna dell'appellante alla rifusione delle spese del giudizio. Ha contestato che il padre frequenti il figlio solo il giovedì ed un fine settimana alternato, ribadendo che le giornate di permanenza del figlio minore con i genitori sono paritarie. Il regime di frequentazione così articolato era stato concordato dalle parti, così come la decisione di assegnare l'ex casa coniugale al marito per l'impegno da questi assunto di accollarsi parte delle spese per l'arredamento della nuova casa della moglie, nonché di tre mensilità del relativo affitto, come risultava dal primo accordo di separazione sottoscritto dalle parti. La collocazione abitativa di Tizietto era stata decisa concordemente al fine di far richiedere e percepire alla madre gli assegni familiari ad integrazione del suo reddito. In punto economico, l'appellato ricorda che la moglie ha acquisito una notevole somma di denaro a seguito della ven-

dita della villetta nella quale abitavano i genitori.

(...*Omissis*...)

La Corte osserva quanto segue.

(...*Omissis*...)

Si osserva che la Tizia nulla ha replicato quando, nella comparsa conclusionale, il Caio ha sostenuto che tra le parti era stato attuato il principio della divisione, quantomeno temporale, per il figlio, precisando di tenere con sé Tizietto per circa 15 giorni al mese, durante i quali provvede integralmente a quanto previsto dall'articolo 147 c.c.

La mancata contestazione di tale circostanza non può che rendere pacifico il fatto, fondamentale per poter valutare l'onere economico da suddividere tra i genitori,

Del resto, è indubbio, che, fortunatamente per il figlio, il rapporto dei genitori sia positivo, ispirato alla reciproca stima ed attuato in totale accordo fra di loro, tanto che la pronuncia giudiziale non ha fatto altro che recepire detto accordo.

Quanto alla posizione reddituale delle parti, in merito al fatto evidenziato solo con il giudizio d'appello dell'acquisizione di un'attività lavorativa da parte del marito che gli consente di percepire un reddito di euro 1.800,00 al mese dal febbraio 2011, occorre rilevare che la circostanza della decorrenza, se anteriore alla pronuncia di primo grado o successiva ed integrante pertanto un fatto nuovo da far valere in altro specifico giudizio, è sfornita di prove e le stesse deduzioni istruttorie non contengono tale allegazione. In ogni caso l'assegno

per i figli non deve riequilibrare i redditi dei genitori, anche se questi ultimi costituiscono il fondamento della determinazione del contributo di ognuno per il mantenimento della prole.

In ogni caso, appare necessario non sottovalutare che tra le spese di mantenimento vi è quello ad esempio dell'abbigliamento o delle attività ludiche, che incidono spesso non poco sul bilancio familiare. Di esse si deve tener conto, anche perché al di là delle ipotesi dei regali nelle occasioni particolari, è opportuno che anche su queste spese vi sia un accordo e una programmazione fra i genitori. Del resto, per quanto riguarda in particolare le spese di abbigliamento, normalmente sono le madri che si occupano di ciò. Pertanto, appare opportuno prevedere che la partecipazione del padre nella misura del 50% venga estesa anche a dette spese.

Sussistono giusti motivi, atteso l'esito del giudizio, per l'integrale compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

la Corte d'Appello definitivamente deliberando, in parziale accoglimento dei gravami ed a parziale riforma della sentenza gravata, pone a carico del padre la partecipazione nella misura del 50% anche nelle spese per abbigliamento e ludiche, queste ultime previamente concordate e documentate. (...*Omissis*...)

restaurant
YUAN

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



Massime

Tribunale di Genova, sez. II civ., 28 maggio 2012 - Giudice Unico Gibelli - A. S.p.a. (Avv. Cristoffanini) c. Comune di C. (Avv. Rosso).

ARRICCHIMENTO senza causa - limiti.

(Art. 2041 c.c.)

L'azione generale di arricchimento non può essere proposta quando il soggetto arricchito sia diverso da quello con cui chi ha compiuto la prestazione ha un rapporto diretto ed opera limitatamente alla correzione di un singolo "passaggio di valore" ingiustificato, dovendosi considerare indiretti gli arricchimenti a carico di soggetti che non siano "accipientes" dell'utilità di cui l'attore risulta impoverito. In tal caso, infatti, l'eventuale arricchimento costituisce un effetto soltanto mediato o riflesso della prestazione eseguita. (Nel caso di specie il Giudice ha ritenuto non fondatamente esperibile l'azione ex art. 2041 c.c. nei confronti del socio titolare di quota di società cooperativa a responsabilità limitata da parte del cessionario di tale quota nell'ipotesi in cui il negozio di cessione sia dichiarato nullo ed il cedente riacquisti, così, la titolarità della quota ceduta in un momento in cui il patrimonio netto della società partecipata sia maggiore di quello risultante al momento della cessione, e ciò in conseguenza della rinuncia da parte di un terzo creditore - in connessione con la cessione della quota - al credito vantato nei confronti della società).

(In senso conforme Cass, sez. un., 8 ottobre 2008, n. 24772)

A.NIC.

Tribunale della Spezia, 18 giugno 2012 - Pres. Farina - Rel. Papini.

ARRICCHIMENTO senza causa - appropriazione indebita - concorso di colpa del danneggiato - danno morale.

(Art. 646 c.p., artt. 2033, 2041, 2059 c.c.)

In caso di assegno contraffatto è corresponsabile il danneggiato in virtù del richiamo che l'art. 2056 c.c. fa all'art. 1227 c.c., tenuto conto che quest'ultimo ravvisa un corollario del principio di causalità, per cui al danneggiante non può far carico quella parte di danno che non è a lui causalmente imputabile, ma lo stesso danneggiato deve attivarsi per evitare che si verifichi un danno a suo sfavore. La colpa cui fa riferimento l'art. 1227 va intesa come requisito legale della rilevanza causale del fatto del danneggiato, nella misura in cui il comportamento omissivo del danneggiato si riferisce genericamente anche alla violazione del dovere di diligenza e correttezza.

R.A.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 12 giugno 2012 - Giudice Unico Gibelli - C.N. (Avv. F. Rossetti) c. S.G. (Avv. Bertazzo), S. S.p.a. (contumace) e H. Assicurazioni (Avv. Bosio).

ASSICURAZIONE (Contratto di) - assicurazione della responsabilità civile - circolazione stradale - risarcimento del danno - legittimazione passiva - limiti.

(Artt. 144 e ss. cod. ass.)

INTERVENTO in causa - intervento volontario - legittimazione - limiti.

(Art. 105 c.p.c.)

PROCEDIMENTO civile - domanda riconvenzionale - ammissibilità - esclusione.

(Artt. 105 e 166 c.p.c.)

ASSICURAZIONE (Contratto di) - assicurazione della responsabilità civile - azione per il risarcimento dei danni - proponibilità - legittimazione all'eccezione - esclusione.

(Art. 145 cod. ass.)

CIRCOLAZIONE stradale - urto tra veicoli - responsabilità - onere probatorio - limiti.

(Art. 2054 c.c.)

PROVE civili - verbale di accertamento e contestazione - efficacia.

(Artt. 2699 e ss. c.c.)

Il risarcimento diretto a carico della Compagnia assicuratrice del danneggiato previsto dagli artt. 144 e ss. del Codice Assicurazioni è un'alternativa "opzionale" rispetto alla citazione del danneggiante e della sua Compagnia assicuratrice: la Compagnia assicuratrice del danneggiato non ha, dunque, titolo alcuno per intervenire volontariamente nel giudizio instaurato dal danneggiato nei confronti del danneggiante e della Compagnia assicuratrice di quest'ultimo, neppure nell'eventualità in cui, antecedentemente al giudizio, il danneggiato abbia condotto trattative stragiudiziali con la propria Compagnia e quest'ultima abbia effettuato un pagamento in acconto a favore del primo.

L'azione riconvenzionale è naturalmente data al solo convenuto e non al terzo intervenuto volontariamente: pertanto, la Compagnia assicuratrice del danneggiato che abbia pagato in tutto od in parte il danno subito dal proprio assicurato ha azione di rivalsa avverso la Compagnia assicuratrice del danneggiante - sia in base alla disciplina generale di cui agli artt. 1201-1204 c.c. sia in base alla disciplina speciale di cui agli artt. 149 e 150 del Codice delle Assicurazioni - ma non può formulare domanda riconvenzionale nell'ambito di un giudizio in cui non sia convenuta.

L'eccezione di improponibilità della domanda ex art. 145 del Codice delle Assicurazioni per essere le trattative stragiudiziali state svolte avverso una Compagnia assicuratrice diversa da quella convenuta in giudizio deve essere sollevata dalla parte interessata, ossia dalla Compagnia assicuratrice destinataria della domanda giudiziale.

In caso di urto tra veicoli anche per il danneggiato opera l'art. 2054 c.c. sicché sono le parti che vogliono l'attribuzione esclusiva della responsabilità all'antagonista a dover dimostrare pienamente la propria assoluta correttezza nella conduzione del veicolo (o l'irrilevanza delle mancanze che paiono astrattamente idonee a determinare il fatto).

Il fatto che il verbale di contestazione dello stato di ebbrezza sia stato disapplicato dal Giudice di Pace ai fini dell'irrogazione delle relative sanzioni non incide sulla portata di fatto di tale verbale e sulla sua conseguente valenza probatoria.

A.NIC.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 2 dicembre 2010 - Giudice Unico La Mantia - M.R. (Avv. Morra) c. Condominio Via P. (Avv. Ghisiglieri e Torrazza).

COMUNIONE e condominio - assemblea dei condomini negli edifici - deliberazione adottata con voto determinante del condomino in conflitto di interesse - annullabilità.

(Artt. 1136 e 2373 c.c.)

La delibera adottata con il voto determinante di un condomino in conflitto di interessi deve essere annullata in quanto assunta senza il raggiungimento della maggioranza di cui all'art. 1136, comma terzo, c.c., non potendosi computare nel quorum deliberativo i millesimi riferibili al condomino in conflitto di interessi (nella specie, il Giudice ha annullato delibera con cui l'assemblea aveva approvato rendiconto consuntivo di spese ordinarie e straordinarie del precedente esercizio con il voto determinante del condomino amministratore, come tale interessato a vedere approvato il proprio operato).

(Conforme: Tribunale di Prato, 24 novembre 2010, n. 1555; con riferimento all'applicabilità dell'art. 2373 c.c. alle delibere condominiali si veda Cass., sez. II, 18 maggio 2001, n. 6853)

A.NIC.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 9 luglio 2012 - Giudice Unico La Mantia - M.R. (Avv. Artisci) e P.S. (Avv. Riscossa) c. Cond. Via I. (Avv. Dalessio Clementi).

COMUNIONE e condominio - assemblea dei condomini - deliberazione - omessa convocazione di un condomino - annullabilità.

(Art. 1137 c.c., art. 66 disp att. c.c.)

COMUNIONE e condominio - assemblea dei condomini - deliberazione - impugnazione per errore di calcolo - rettifica dell'errore di calcolo - cessazione della materia del contendere - esclusione.

(Art. 1137 c.c.)

SPESE giudiziali in materia civile - compensazione - motivi.

(Art. 92 c.p.c.)

Deve essere annullata la delibera condominiale assunta in difetto della convocazione del condomino assente (nella specie il Giudice ha annullato la delibera impugnata rilevando che l'assemblea in cui la stessa era stata assunta era stata convocata in esito a precedente assemblea solo dopo che - come attestato dal verbale - il condomino impugnante si era allontanato dalla riunione).

(in senso conforme Cass, sez. II, 1 aprile 2008, n. 8449)

Qualora l'amministratore di condominio provveda, nel corso del giudizio di impugnazione di una delibera condominiale di approvazione del consuntivo di gestione, alla correzione degli errori di calcolo a fronte dei quali la delibera è stata impugnata, non può comunque ritenersi cessata la materia del contendere in relazione alla domanda di annullamento di tale delibera poiché l'oggetto della domanda di annullamento consiste nell'accertamento dei soli vizi formali da cui la delibera risulta affetta.

Ricorrono le condizioni per compensare tra le parti le spese di giudizio di impugnazione della delibera condominiale qualora la somma erroneamente riportata nel consuntivo approvato sia di modesto ammontare e qualora i relativi conteggi siano stati rettificati dall'amministrazione condominiale.

A.NIC.

Giudice di Pace di Genova, 2 marzo 2012, n. 1637 - Giudice Mammano - M. (Avv. Dante) c. Tours (Avv. Raffo).

CONTRATTO in genere - contratto del consumatore - pacchetto turistico "all inclusive" - cancellazione del volo aereo - tour operator - violazione del dovere di informazione - responsabilità per inadempimento - danno non patrimoniale - sussiste - rivalsa nei confronti del vettore aereo - ammissibilità.

In caso di acquisto di un pacchetto turistico tutto compreso, il Tour Operator è tenuto a corrispondere a favore del viaggiatore un'equa compensazione del danno non patrimoniale subito a causa della cancellazione del volo aereo e del conseguente grave ritardo, oltre alla rifusione delle spese sostenute, configurando detta fattispecie ipotesi di inadempimento contrattuale, salvo il diritto di rivalsa nei confronti del vettore aereo di cui si sia avvalso nell'esecuzione del contratto.

(Nel caso di specie, il Giudice di Pace adito ha ritenuto fondato il diritto di parte attrice, oltre che sulla base del D.Lgs 206/2005 - cd. Codice del Consumo -, alla luce dei principi enunciati dalla Corte di Giustizia Europea nella sentenza del 19/11/2009, nella quale è stato espressamente riconosciuto il diritto di compensazione dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione o ritardo dei voli aerei ai sensi degli artt. 2, 5, 6 e 7 Reg. CE 261/2004, tenuto conto che gli attori hanno subito, nello specifico, contemporaneamente tutte e tre le circostanze pregiudizievoli considerate e, che l'inadempimento anche solo della prestazione di trasporto in un contratto all inclusive comporta il risarcimento del danno non patrimoniale da vacanza rovinata in capo al Tour Operator).

Nel contratto di vendita di pacchetto turistico tutto compreso cd. "all inclusive" la finalità di vacanza e di svago entra a far parte del contenuto negoziale, costituendo elemento caratterizzante della causa del contratto stesso; ne consegue l'obbligo in capo al venditore/organizzatore a garantire la fruizione della vacanza secondo gli accordi conclusi. L'eventuale inadempimento di questa obbligazione, anche solo relativamente alla prestazione di trasporto, determina quindi il risarcimento del danno da vacanza rovinata il cui oggetto è il godimento delle utilità promesse dal tour operator e/o dall'agenzia di viaggi venditrice del pacchetto.

F.BGN.

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

CONTRATTO in genere - acquisto di bond argentini - qualificazione - autonomia negoziale dell'ordine di acquisto rispetto al cd. contratto quadro - domanda di risoluzione del solo ordine di acquisto - ammissibilità.

(Art. 23 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 1453 c.c.)

CONTRATTO in genere - acquisto di bond argentini - violazione obblighi di protezione da parte dell'intermediario - gravità dell'inadempimento - risoluzione e risarcimento del danno.

(Art. 21, lett. a) e b), d.lgs. n. 58/1998; art. 28 Reg. CONSOB n. 11522/1998)

Nel contratto di acquisto di bond argentini l'ordine di acquisto non costituisce esclusivamente un'istruzione del mandante (l'acquirente) al mandatario (la banca) per l'esecuzione di un precedente mandato (il contratto quadro ex art. 23 TUF) del quale sarebbe mero negozio di attuazione. Infatti il contratto quadro di cui all' art. 23 TUF costituisce un contratto di investimento mobiliare connotato da profili propri del contratto normativo ad effetti obbligatori in ragione delle finalità che con esso le parti intendono attuare (ossia prevedere le regole a cui dovrà attenersi l'intermediario al fine di consentire al risparmiatore una valida scelta di investimento). L'ordine di acquisto, quindi, ha natura nego-

ziale in quanto è espressivo della volontà contrattuale dell'investitore e, conseguentemente, deve ritenersi ammissibile la domanda di risoluzione circoscritta al solo contratto di acquisto del prodotto finanziario.

È meritevole di accoglimento la domanda di risoluzione e risarcimento del danno avanzata da acquirenti di bond argentini quando, in una situazione conoscitiva per la quale deve ritenersi fatto notorio che le obbligazioni argentine fossero ad elevato rischio di rimborso (nella specie, aprile 2001), la banca, in relazione agli obblighi generali di protezione connessi al dovere per l'intermediario di comportarsi con diligenza, correttezza e professionalità, ometta di avvisare il cliente del grado di rischio cui va incontro con lo specifico acquisto, anche in relazione alla insussistenza di professionalità del settore in cui il cliente possa versare. (Nella specie, il Giudice ha accertato che la banca si era limitata a consigliare l'acquisto di un prodotto finanziario ad alto rischio senza fornire specifica informazione in violazione della normativa vigente) (1). (Conforme App. Genova, 337/2009, richiamata in motivazione).

(1) Sulla valutazione come fatto notorio del grado di rischio delle obbligazioni emesse dalla Repubblica Argentina, Trib. Vicenza, 20 marzo 2012, reperibile in *ilcaso.it* conformemente, ha affermato come «costituisc[a] fatto notorio la circostanza che gli operatori professionali, come le banche, fossero a conoscenza del rischio default dei bond argentini sin dagli anni 1999-2000, per effetto delle comunicazioni e delle raccomandazioni che erano effettuate sia dalla Consob che dalla Borsa italiana».

F.BART.

Tribunale di Savona, 8 maggio 2012 - Giudice Unico Princiotta - M. S.r.l. (Avv. Branca) c. Comune di C. (Avv. Barbano).

CONTRATTO di somministrazione - regolamento comunale per la fornitura di acqua potabile - manutenzione del tratto di impianto posto all'interno delle proprietà privata - obbligo del somministrato - clausola vessatoria - insussistenza.

Non può considerarsi vessatoria la clausola inserita nel regolamento comunale con la quale si stabilisce che l'utente debba preservare da manomissioni e da danneggiamenti gli apparecchi costituenti l'impianto e la derivazione nel tratto che corre entro la sua proprietà, atteso che detta clausola si limita a disciplinare i doveri dell'utente quale custode degli impianti summenzionati.

Il somministrato è quindi responsabile dei danni quivi provocati per qualsiasi causa non di forza maggiore, ed è tenuto a rimborsare le spese di riparazione sostenute dall'amministrazione comunale.

(Nel caso di specie, dagli accertamenti peritali era emerso che la perdita dell'impianto era dovuta ad una guarnizione difettosa e mal posizionata, e non al guasto del contatore di proprietà del Comune, risultato invece perfettamente integro).

SO.C.

Tribunale di Savona, 9 giugno 2012 - Giudice Unico Princiotta - Mec S.r.l. (Avv. Argenta) c. Banca (Avv. Ruffino).

CONTRATTI bancari - interessi usurari - tasso effettivo globale - commissione di massimo scoperto - non computabilità.

Nell'individuazione dell'interesse usurario, valutabile ai sensi dell'art. 644 c.p. ("la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari") e dell'art. 1815 c.c. ("se sono convenuti interessi usu-

rari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi") non può essere compresa la commissione di massimo scoperto, posto che, secondo le istruzioni della Banca d'Italia, detta commissione non entra nel calcolo del tasso effettivo globale medio (tasso soglia), essendo strutturalmente connessa alle sole operazioni di finanziamento per le quali l'utilizzo del credito avviene in modo variabile, sul presupposto tecnico che esista uno scoperto di conto.

SO.C.

Tribunale di Chiavari, 9 marzo 2012 - Giudice Unico Del Nevo - C.L. (Avv. Arena) c. D.D.R. (Avv. Cavallaro).

PROCEDIMENTO civile - difensori - difetto assoluto procura alle liti - conseguenze - condanna del difensore alle spese processuali - ammissibilità.

(91 c.p.c.)

Nel caso di costituzione in giudizio con atto denominato "comparsa di costituzione e risposta con chiamata del terzo", in assenza di procura alle liti rilasciata dal soggetto nel cui nome il difensore medesimo dichiara di costituirsi, l'atto depositato deve essere attribuito al solo difensore, al quale sono direttamente accollate le spese processuali conseguenti al rigetto della domanda giudiziale avanzata.

C.GIA.

Tribunale di Savona, 5 giugno 2012 - Giudice Unico Princiotta - M.B. (Avv. Bracco e D'Angelo) c. L.R. (Avv. Briano) e c. Fondiaria SAI Assicurazioni s.p.a. (Avv. Chirò).

PROCEDIMENTO civile - domanda - responsabilità civile - mutatio libelli - inammissibilità.

(Art. 183 c.p.c.)

RESPONSABILITÀ civile - sinistro stradale - insidia - previa conoscenza dell'insidia da parte del danneggiato - concorso colposo - insussistenza.

(Artr. 2043 e 1227 c.c.)

Chi avanzi solo nella seconda memoria ex art. 183 c.p.c. una domanda fondata su responsabilità per l'esercizio di attività pericolose, avendo invece, con l'atto introduttivo, fatto riferimento alla realizzazione di una situazione di insidia e trabocchetto e chiesto genericamente la declaratoria di responsabilità nella produzione del sinistro, in difetto di ulteriori specificazioni, così riferendosi alla responsabilità ex art. 2043 c.c., incorre nel divieto di mutatio libelli, avendo la responsabilità per l'esercizio di attività pericolose presupposti diversi dalla responsabilità aquiliana. (1)

Sussiste responsabilità dell'impresa che realizzi lavori interessanti la strada laddove sia provato che l'evento dannoso (nella specie, una caduta dalla bicicletta) sia stato effettivamente causato dalla presenza sulla strada di un avvallamento posto in essere dall'impresa che, solo in seguito all'incidente, ha ripristinato adeguatamente lo scavo; il fatto che il danneggiato fosse a conoscenza del precedente scavo della buca non lo rende corresponsabile ai sensi dell'art. 1227 c.c. nella misura in cui procedesse normalmente alla guida della bicicletta al momento dell'evento.

(1) Sulla correttezza della distinzione dei presupposti delle due responsabilità già si era espressa, recentemente, Cass., 17 dicembre 2009, n. 26516, in *Dir. & Giust.*, 2010, con nota di Pagnani, e in *Guida al dir.*, 2010, 8, 59 (s.m.), con nota di Monateri, affermando che «La produzione e la vendita di ta-

bacchi lavorati integrano un'attività pericolosa, ai sensi dell'art. 2050 c.c., poiché i tabacchi, avendo quale unica destinazione il consumo mediante il fumo, contengono in sé, per la loro composizione bio-chimica e per la valutazione data dall'ordinamento, una potenziale carica di nocività per la salute. Tuttavia, qualora il danneggiato abbia proposto domanda risarcitoria a norma dell'art. 2043 c.c. nei confronti del produttore-venditore di tabacco, viola il principio posto all'art. 112 c.p.c. ed incorre nel vizio di ultrapetizione il giudice che sostituisca a questa domanda quella nuova e diversa di cui all'art. 2050 c.c., integrante un'ipotesi di responsabilità oggettiva».

Cass., 27 aprile 2011, n. 9395, in Giust. civ. Mass. 2011, 4, 662 e in Guida al dir., 2011, 23, 75 ha confermato un orientamento solido sulle differenze fra emendatio e mutatio libelli, affermando che «si ha "mutatio libelli" quando si avanzi una pretesa obiettivamente 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 radicalmente differente, di modo che si ponga al giudice un nuovo tema d'indagine e si spostino i termini della controversia, con l'effetto di disorientare la difesa della controparte e di alterare il regolare svolgimento del processo; si ha, invece, semplice "emendatio" quando si incida sulla "causa petendi", sicché i risultati modificata soltanto l'interpretazione o 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. Così pure, fra le varie, Cass. 17457/09 e Cass. 7579/07.

F.BART.

Corte d' Appello di Genova, sez. II civ., 26 settembre 2012 - Pres. Sanna - Rel. Atzeni.

PROPRIETÀ - limitazioni legali della proprietà - rapporti di vicinato - distanze legali nelle costruzioni - principio della prevenzione - operatività - costruzione abusiva - irrilevanza - previsione regolamentare di una distanza minima dal confine - incidenza.

(Artt. 873, 874, 875 c.c.)

PROPRIETÀ - limitazioni legali della proprietà - rapporti di vicinato - distanze legali nelle costruzioni - Art. 9 del d.m. n. 144 del 1968 - possibilità di deroga da parte di disposizioni regolamentari locali - esclusione - principio della prevenzione - operatività - costruzione abusiva - irrilevanza - previsione regolamentare di una distanza minima dal confine - incidenza.

(Art. 9 D.M. 1444/68)

PROPRIETÀ - limitazioni legali della proprietà - rapporti di vicinato - distanze legali nelle costruzioni - principio della prevenzione - onere della prova.

(Art. 2697 c.c.)

IMPUGNAZIONI CIVILI - appello - domande nuove in appello - principio del doppio grado di giurisdizione - prospettazione di norme violate - novità della domanda - limiti - sussistenza.

(Art. 345 c.p.c.)

In tema di distanze nelle costruzioni, il c.d. principio della prevenzione temporale, ricavabile dal combinato disposto degli artt. 873, 874, 875 c.c., consente al proprietario che ha costruito per primo di determinare le distanze che il vicino dovrà osservare qualora intenda a sua volta costruire, nonché di chiedere la demolizione delle opere eventualmente costruite in violazione. Detto principio si applica anche nel caso in cui la prima costruzione sia abusiva, ma non quando gli strumenti urbanistici locali prevedono il rispetto di una determinata distanza dal confine, distanza che, essendo assoluta, va rispettata anche se il fondo del vicino sia ineditato.

Conf.: Cass. 5.4.2002, n. 4895; Cass. 24.05.2004, n. 991

Le norme tecniche di esecuzione del piano regolatore generale non possono derogare alle distanze minime stabilite dall'art. 9 del D.M. 1444/68 essendo stato tale decreto emanato in attuazione della L. 6 agosto 1967 n. 765. Devono pertanto considerarsi illegittime e vanno disapplicate le disposizioni comunali in deroga, mentre le disposizioni normative di cui al citato decreto diventano (secondo il meccanismo dell'inserzione automatica delle clausole) parte integrante dello strumento urbanistico.

Conf.: Cass. 20.6.2011, n. 13547

Spetta a colui che chiede l'arretramento del fabbricato altrui provare di aver costruito per primo.

Conf.: Cass. 7.08.2002, n. 11899

Poiché in base al principio del doppio grado di giurisdizione l'oggetto del giudizio di appello è solo quello del giudizio di primo grado, va ritenuta inammissibile la domanda degli appellanti tesa a dichiarare che l'immobile dei vicini sia stato edificato in violazione delle norme urbanistiche ed altresì delle distanze dal confine allorché in primo grado gli stessi (attori in via riconvenzionale) si erano limitati a denunciare la violazione delle norme del codice civile (art. 873 c.c. e segg.) in tema di distanze fra le costruzioni, nonché, in via subordinata, qualora fosse stato ritenuto applicabile il principio di prevenzione, la violazione dello stesso così come integrato dal D.M. 1444/1968 e delle norme del PRG per le zone edificabili (Nella specie, la Corte, premessa l'applicabilità del principio della prevenzione in quanto il Piano Regolatore non prevedeva l'osservanza di determinate distanze dal confine vicino ma, recependo quanto stabilito dal D.M. 1968/1444, solo quella di rispettare la distanza di 10 mt fra costruzioni aventi pareti finestrate, ha rigettato gli appelli in quanto nessuna delle parti è riuscita a dimostrare la data certa di inizio dei lavori di costruzione delle loro abitazioni edificate in zona agricola).

M.TY.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 28 gennaio 2012, n. 665 - Giudice Unico Mauceri - G.P. (Avv. Boero) c. S.A.D. s.r.l. (Avv.ti Passero e Giardi).

PROVA civile in genere - onere incumbente sulle parti - inversione.

TERMINE - termine essenziale - criteri per la determinazione - formule di stile - inidoneità.

Il creditore che agisca per la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno o l'adempimento deve provare unicamente la fonte del proprio diritto ed il relativo termine di scadenza, allegando la circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto deve dimostrare il fatto estintivo dell'altrui pretesa (cioè l'avvenuto adempimento).

Qualora, invece, il debitore convenuto si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., l'onere della prova incumbente sulle parti

si inverte, poiché il debitore eccipiente dovrà allegare l'altrui inadempimento, mentre il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento o la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione.

L'essenzialità del termine per l'adempimento si desume dalla manifestazione delle parti in tal senso o dalla natura dell'oggetto del negozio, comunque valutati in relazione agli interessi perseguiti dalle parti e alla possibilità di realizzarli nelle circostanze concrete del caso, di tal che ogni utilità per le parti andrebbe perduta con l'inutile decorso del tempo.

L'uso di mere formule di stile non vale, di per sé, a qualificare il termine come essenziale.

F. BGN.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 12 settembre 2006, n. 3144 - Giudice Braccialini - G. c. M. e R. Assicurazioni*.

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c. - soccombenza e mala fede nelle difese svolte nel processo - lesione del diritto costituzionale alla ragionevole durata del processo - sussistenza - risarcibilità del danno.

(Art. 111 Cost; art. 2059 c.c.; art. 96 c.p.c.)

L'introduzione nell'art. 111 della Costituzione del diritto alla ragionevole durata del processo configura un vero e proprio diritto soggettivo. Di conseguenza, vi è un preciso diritto a pretendere il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale che derivi dalla dilatazione dei tempi processuali collegata a strumentali difese delle parti soccombenti. Vi è spazio infatti per una rilettura "costituzionalmente orientata" dell'art. 96 c.p.c., che ne ponga il precetto sanzionatorio in stretta correlazione con gli artt. 2059 c.c. e 111 Cost. La misura di tale pregiudizio va ancorata al costo della lite.

(Nel caso di specie, il Tribunale ha condannato ex art. 96 c.p.c. la convenuta soccombente, in conseguenza del proprio comportamento consapevolmente dilatorio dei tempi processuali, a corrispondere a parte attrice una somma a titolo di risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo nella misura di un quinto delle spese di lite).

* Tale decisione viene massimata in quanto richiamata nella sentenza 16 febbraio 2012, n. 642, in *Questa Rivista*, n. 1-2012, p. 12.

V.CAV.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 20 gennaio 2012 - Giudice Unico Gibelli - O. s.r.l. (Avv. Ferrara e Gagino) c. L. (Avv. Amicizia) e c. Assicurazione (Avv. Solaro).

RESPONSABILITÀ civile - emissione di cartelle esattoriali - responsabilità del commercialista - presupposti - onere della prova.

(Artt. 1176 co. 2, 1218 e 2697 c.c.)

È insensato l'assunto per cui, ove assistito da un commercialista diligente, il contribuente non potrebbe essere destinatario di pretese tributarie diverse rispetto a quelle evidenziate dallo stesso commercialista nell'autoliquidazione delle imposte. L'onere della prova dell'adempimento del dovere di diligenza professionale impone che ogni professionista sia tenuto a dimostrare la propria diligenza ove prima sia almeno razionalmente ipotizzato (ed invero sia anche dimostrato) un vincolo di causalità materiale tra la sua attività genericamente intesa ed il danno.

F. BART.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 31 gennaio 2012 - Giudice Unico Gibelli - C. c. S.

RESPONSABILITÀ civile - esercizio di attività giornalistica - giornalismo d'inchiesta - diritto di critica - presupposti - fattispecie.

(Art. 11, l. 8 febbraio 1948, n. 47; art. 2043 c.c.)

Nel giornalismo di inchiesta è la "notizia sull'inchiesta" e non la "notizia sul fatto" a dover essere sottoposta al triplice vaglio essenziale per la verifica del corretto esercizio dell'attività di stampa - occorre domandarsi se sia vero non il fatto, ma che l'indagine lo lasci trapelare; occorre chiedersi non se sia esposto in forme opportunamente contenute il fatto, ma se è esposto in forme opportune quanto si afferma nell'inchiesta; occorre chiedersi non se vi sia interesse pubblico al fatto oggetto dell'indagine, ma alle inchieste nel contesto delle quali l'ipotesi di quel fatto emerge -.

Poiché la libertà di stampa comprende sia il diritto di cronaca che il diritto di critica, a fronte di una "notizia sull'indagine" il giornalista è libero non solo di riportare il contenuto obiettivo dell'indagine giudiziaria, ma anche di tentare, per via logica o induttiva, di ricostruire uno scenario più ampio in cui l'indagine potrebbe collocarsi, anche nel caso in cui lo stesso risulti ipotetico, non provato. Tale diritto, espressione della facoltà di critica, ovvero di esposizione di pensieri, opinioni, deduzioni, valutazioni su temi di interesse pubblico, deve essere esercitato dal giornalista senza confondere il piano del "creduto" dell'ipotizzato, del plausibile, con quello del certo e del reale.

Il giornalista che riporti il contenuto di intercettazioni telefoniche, ormai pubbliche, e tenti una ricostruzione logica e plausibile della più complessa realtà sottesa dagli elementi di indagine acquisiti, pone in essere una attività che, pur dannosa per la persona il cui onore è leso dalla ricostruzione effettuata, risulta tuttavia lecita quale incomprimibile manifestazione della libertà di stampa ed ancor prima di opinione.

Il confine del lecito in tale particolare situazione è tuttavia immediatamente valicato laddove il giornalista nella forma espositiva, abbandoni la ricostruzione ipotetica e collegata all'indagine e confonda nella comunicazione la realtà dell'inchiesta con quella effettiva, o si abbandoni all'uso di forme suggestionanti ed in definitiva di mera offesa. (Nella specie, il Giudice ha ritenuto lecita la condotta del giornalista che, nel riferire dell'indagine non aveva "inventato" esiti di indagine mai acquisiti, ma aveva invece spinto al limite di ciò che i dati consentivano la legittima ricostruzione giornalistica del quadro in cui collocare i dati suddetti, trasmettendo peraltro nulla più che l'impressione di fondatezza della sua tesi che normalmente consegue all'esposizione in qualunque sede di un sospetto con qualche riscontro).

F. BART.

Tribunale della Spezia, 25 settembre 2012 - Giudice Unico Sebastiani - Tizio (Avv. Buondonno) c. Caio (Avv. Ricciardi).

RESPONSABILITÀ civile - risarcimento danni per responsabilità professionale - diligenza richiesta - criteri.

(Artt. 2236 e 1176 c.c.)

L'inadempimento dell'avvocato non può essere desunto dal mancato raggiungimento del risultato utile per il cliente, ma deve essere valutato alla stregua dell'attività professionale e al dovere di diligenza. In particolare modo, la diligenza richiesta all'avvocato è quella professionale, commisurata alla natura dell'attività esercitata così come stabilito dal secondo comma dell'art. 1176 c.c.

Una volta riconosciuto l'inadempimento professionale il cliente dovrà dimostrare il danno e il nesso causale tra questo e l'errore professionale.

E.B.

Tribunale della Spezia, 15 ottobre 2012, – Giudice Unico Sebastiani – X (Avv. Sauchelli) c. Y. s.r.l. (Avv. ti Masseglia e Della Maggiore).

RESPONSABILITÀ civile - professionisti - attività medico chirurgica - colpa del sanitario - onere della prova - ripartizione - criteri - prova liberatoria gravante sul medico - contenuto.

(Artt. 1218 e 2697 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - professionisti - attività medico chirurgica - responsabilità contrattuale del medico - insuccesso o parziale successo dell'intervento - prova del nesso causale tra aggravamento della patologia e la condotta attiva od omissiva del medico - intervento di routine con alte probabilità di esito favorevole - prova di detto nesso causale - necessità - esclusione - fondamento.

(Artt. 1218, 2236 e 2697 c.c.)

LEGGI, decreti e regolamenti - interpretazione analogica - esclusione.

(Art. 139 Cod. Ass.)

OBBLIGAZIONI e contratti - risoluzione del contratto per inadempimento - domanda espressa - necessità - esclusione - domanda implicita di risoluzione contenuta in altra domanda o eccezione - configurabilità.

(Art. 1453 c.c.)

La presunzione di colpa dalla quale, ai sensi dell'art. 1218 c.c., è gravato il medico nei confronti del paziente che ne invochi la responsabilità professionale, può essere superata dal sanitario dimostrando che l'insuccesso dell'intervento sia dipeso da un evento imprevedibile e non prevenibile con l'uso dell'ordinaria diligenza da lui esigibile.

L'insuccesso od il parziale successo di un intervento di routine o, comunque, con alte probabilità di esito favorevole, implica di per sé la prova del nesso di causalità, giacché tale nesso, in ambito civilistico, consiste anche nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio, ispirato alla regola della normalità causale, del "più probabile che non".

Il criterio risarcitorio previsto dalla tabelle relative alle lesioni c.d. micropermanenti di cui all'art. 139 Cod. Ass. si applicano solo alle materie relativamente alle quali il provvedimento è stato emanato, senza poter essere analogicamente utilizzate in materie diverse (nella fattispecie il Giudicante ne ha, inoltre, escluso razione temporis l'applicazione nonostante l'entrata in vigore dell'art. 3, comma III del D.L. 5.9.2012 c.d. "Decreto Legge Sanità").

La volontà di risolvere un contratto non deve necessariamente risultare da una domanda espressamente proposta dalla parte in giudizio, ben potendo essere implicitamente contenuta in altra domanda, eccezione o richiesta, sia pure di diverso contenuto, che presupponga una domanda di risoluzione.

BA.GMB.

Tribunale della Spezia, 16 ottobre 2012, – Giudice Unico d'Avossa – X (Avv. Angelini) c. I. S.r.l. (Avv. Giuliani).

SERVITÙ - alienazione del fondo dominante - trasferimento della servitù inerente ope legis - configurabilità - condizioni - omessa menzione nell'atto di acquisto - ir-

relevanza - opponibilità all'acquirente del fondo servente - trascrizione del titolo costitutivo della servitù - necessità - fondamento.

(Artt. 1027, 1028, 1470, 2643 e 2644 c.c.)

SERVITÙ - estensione ed esercizio del diritto in genere.

(Artt. 1063, 1064 ed 1065 c.c.)

Ove nulla venga al riguardo stabilito nell'atto di acquisto, qualora sia stato trascritto il titolo originario di costituzione della servitù, l'alienazione del fondo dominante comporta anche il trasferimento delle servitù ad esso inerenti; analogamente l'acquirente del fondo servente riceve l'immobile con il peso di cui è gravato rendendosi necessaria la menzione della servitù per la sola ipotesi in cui manchi la trascrizione del titolo (c.d. principio di ambulatorietà delle servitù).

Poiché l'art. 1063 c.c., stabilendo una vera e propria graduatoria delle fonti regolatrici dell'estensione e dell'esercizio del diritto di servitù, ne pone a fonte primaria l'atto costitutivo, i precetti di cui agli art. 1064 ("il diritto di servitù comprende tutto ciò che è necessario per usarne") ed art. 1065 ("soddisfazione del bisogno del fondo dominante col minore aggravio del fondo servente") c.c. restano applicabili in via residuale per l'ipotesi in cui il titolo costitutivo, nella sua formulazione, sia di interpretazione dubbia.

BA.GMB.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 19 ottobre 2012 – Giudice Unico Lucca – G. S.r.l. (Avv. Ceino) c. T. (Avv. Ferrando).

SIMULAZIONE in materia civile – simulazione assoluta del contratto – prova – insussistenza.

(Art. 1414 c.c.)

REVOCATORIA (azione) – legittimazione attiva – credito litigioso – sussistenza.

REVOCATORIA (azione) – presupposti – pregiudizio delle ragioni creditorie – sussistenza.

(Artt. 2901 e ss c.c.)

Deve essere respinta la domanda di simulazione assoluta di un contratto di compravendita ove non sia stata raggiunta la prova della volontà dell'alienante di non trasferire il bene ad altri ed emerga, viceversa, l'intenzione dell'alienante di trasferire il bene all'acquirente, seppure a titolo gratuito.

Anche il credito eventuale, nella veste di credito litigioso, è idoneo a determinare l'insorgere della qualità di creditore che abilita all'esperimento dell'azione revocatoria ordinaria avverso l'atto di disposizione compiuto dal debitore (nella specie si trattava di credito recato da sentenza di primo grado impugnata).

(In senso conforme: Cass., sez. III, 9 febbraio 29012, n. 1893)

Sussiste pregiudizio delle ragioni creditorie ai sensi dell'art. 2901 c.c. e ss. ove il debitore sostituisca, nel proprio patrimonio, l'immobile di cui è proprietario con una somma di denaro, come tale facilmente occultabile, con ciò rendendo assai più difficoltosa la tutela del credito (nella fattispecie in esame deve osservarsi che il debitore non era proprietario di altri immobili, che il prezzo di vendita non era stato ritenuto congruo e che non era stata data prova dell'intercorsa corresponsione del prezzo).

A.NIC.

Documenti

La determinazione dell'oggetto del contratto di incarico professionale: il nesso tra quantificazione dei compensi per l'attività stragiudiziale e delimitazione delle responsabilità

Andrea Fusaro

*Ordinario di Sistemi giuridici comparati
Università di Genova*

Sommario: 1. *Le questioni affrontate.* - 2. *Il riferimento alle tariffe abrogate negli accordi sul compenso.* - 3. *Il collegamento tra remunerazione e responsabilità.*

1. Le questioni affrontate.

Sono molteplici le questioni sollevate dall'abrogazione delle tariffe professionali sancita dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito - con modificazioni - dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, seguito dal decreto ministeriale n. 140/2012, regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione da parte di un organo giurisdizionale dei compensi per le professioni regolarmente vigilate dal Ministero della giustizia. Nell'ambito della riflessione sulla determinazione dell'oggetto del contratto di incarico professionale intendo occuparmi di due punti, attinenti l'accordo sul compenso. Il primo riguarda la legittimità del riferimento convenzionale alle tariffe abrogate. Il secondo l'opportunità di una tecnica di redazione degli accordi idonea a collegare il profilo della remunerazione a quello della responsabilità: in generale, e specialmente in ordine all'attività stragiudiziale, nonché alle prestazioni accessorie rispetto al patrocinio.

2. Il riferimento alle tariffe abrogate negli accordi sul compenso.

La trattazione del primo punto si giova della ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali in tema di verifica della determinatezza dell'oggetto del contratto.

È risaputo (1) che il requisito della determinatezza o della determinabilità dell'oggetto "esprime la fondamentale esigenza di concretezza dell'atto contrattuale, avendo le parti la necessità di sapere l'impegno assunto, ovvero i criteri per la sua concreta determinazione, il che può essere pregiudicato dalla possibilità che la misura della prestazione sia discrezionalmente determinata, sia pure in presenza di precise condizioni legittimanti, da una soltanto delle parti" (2).

La determinabilità dell'oggetto del contratto sussiste in quanto esso possa essere concretizzato con riferimento a dati prestabiliti dalle parti e dotati di una preordinata rilevanza obiettiva; non è, pertanto, sufficiente "il riferimento ad elementi concernenti la fase di esecuzione del contratto, come il comportamento successivo delle parti" (3). Neppure è idoneo il rinvio agli usi negoziali, che "operano integrando o interpretando la volontà dei contraenti quando essa sia incompletamente o ambiguamente espressa e consistono in pratiche seguite da una determinata cerchia di contraenti in-

dividuati su base territoriale o per l'appartenenza ad una individuata categoria di operatori economici, obbligano le parti anche se da esse ignorati (in quanto l'applicazione degli stessi è esclusa soltanto ove risulti con certezza che i contraenti non abbiano voluto riferirsi ad essi) e prevalgono sulle stesse norme di legge aventi carattere dispositivo" (4). In applicazione di tale criterio è stata esclusa la sufficienza del mero riferimento alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza, o ad espressioni analoghe poiché, attesa l'esistenza di diverse tipologie di interessi, esso non consente, per la sua genericità, di stabilire a quale previsione le parti abbiano inteso concretamente riferirsi (5).

In tema di verifica della determinatezza della clausola relativa agli interessi, è stata ritenuta estranea alla ratio dell'art. 1346 c.c. "la comoda verificabilità da parte dell'outsider della corrispondenza tra i parametri previsti in contratto per la determinazione per relationem degli interessi e la misura degli interessi di volta in volta conteggiati dal creditore professionista banca", dal momento che condizione necessaria e sufficiente è che essa faccia riferimento a "criteri prestabiliti e ad elementi fattuali esterni e sicuramente verificabili tramite un'operazione matematica" (6).

In giurisprudenza è frequente il verdetto di invalidità del contratto la determinazione del cui contenuto sia affidata ad una parte (7), ribadendosi inoltre l'inidoneità del rinvio alle condizioni praticate dagli operatori del settore (8) o agli usi di piazza (9), poiché la qualità richiesta - terzietà dell'arbitratore - ed il metodo di operatività del terzo, escludono che l'arbitratore possa essere una delle parti, detentrici di un proprio interesse in conflitto con quello dell'altra (10).

Dalla rassegna dei verdetti negativi emerge come il riferimento alle tariffe abrogate risulterebbe criticabile soltanto laddove si assumesse che la loro recezione nell'accordo sul compenso rivesta attitudine a snaturarne la matrice, tramutando quei parametri oggettivi in criteri maturati nel circuito dei professionisti forensi, il che però appare difficilmente sostenibile. Neppure sembrerebbe prospettabile la contrarietà all'ordine pubblico, trattandosi di criteri a suo tempo certamente validi, la cui legittimità per l'innanzi non fu revocata in dubbio. Più che di contrarietà all'ordine pubblico in senso stretto, sarebbe forse pertinente il divieto del negozio in frode alla legge (11): il contratto col cliente non potrebbe contenere un mero rinvio alle tariffe abrogate, ma al più indicare valori che, pur ispirati alla tariffa, siano determinati senza alcun range e con l'ulteriore rispetto del divieto del patto di quota lite (dato il permanere del divieto di cessione della res litigiosa previsto dal Codice Civile).

La questione si appunta, allora, nella ricerca della norma proibitiva. Per un verso, essa sarebbe identificabile nella contrapposizione che l'art. 9, comma 4 del D.L. 1/2012 - convertito nella Legge 27/2012 -, instaura tra il sistema tariffario e l'obbligo di predeterminare esattamente il compenso nel contratto e, prima ancora, nel preventivo. Il richiamo ai principi della concorrenza e l'invocazione dell'art. 41 Cost. nell'art. 1 del D.L. condurrebbero ad escludere che il legislatore si sia limitato a stabilire una mera successione tra il sistema ordinistico a tariffa e la soluzione attuale, che esige l'accordo ed al quale possono supplire i parametri;

la differenza risiederebbe proprio nella diversa struttura della tariffa, da una parte, che prevede margini di discrezionalità, ed anche una perizia non comune neppure tra gli stessi professionisti e, dall'altra, la predeterminazione contrattuale. Un mero richiamo alle tariffe, comunque, quando anche non confliggesse con una norma proibitiva espressa, non di meno sarebbe funzionale a raggiungere uno scopo contrario a quello della legge, che si propone la soppressione delle tariffe espressamente sancita dall'art. 9. 1 comma e, per quanto occorra, ribadito dall'abrogazione espressa di ogni norma che ad esse faccia espresso rinvio di cui al comma 5. Per altro verso, a neutralizzare il richiamo all'art. 1344 c.c. varrebbe il difetto di una disposizione proibitiva espressa (12).

La conclusione favorevole trarrebbe argomento anche dalla soppressione, in via di approvazione definitiva con modificazioni, del terzo periodo del comma 2 del D.L., che - espressamente - vietava, a pena di nullità, la relatio ai parametri nei casi di microimprese e consumatori. Conforto proverrebbe ancora dalla ratio della norma, nel senso che la regola sia il mercato, con la centralità dell'accordo (così come evidenziato anche nella Relazione al Decreto).

Residuerrebbe, poi, l'eventualità che - avverso tale rinvio patizio alle tariffe abrogate - venisse sferrato un attacco sotto il profilo dell'illecita limitazione alla concorrenza, denunciando una pratica concordata, fattispecie in passato ravvisata - a fianco dell'accordo (13) - in presenza di uniformità tariffarie manifestate dagli operatori pur in assenza di direttive impartite dalle organizzazioni di categoria (trattandosi di professionisti, gli Ordini professionali (14)). L'interessamento dell'Antitrust è del resto preconizzabile, considerando l'attenzione riservata nei confronti delle professioni legali, testimoniata non solo dai procedimenti recentemente aperti nei confronti di alcuni Consigli Distrettuali Notarili, ma pure dalle iniziative prefigurate per il completamento delle liberalizzazioni (15). Tuttavia la prevedibile disomogeneità dei comportamenti individuali degli avvocati appare idonea a schivare tali addebiti.

3. Il collegamento tra remunerazione e responsabilità.

Nella prassi sembra essersi consolidata la tendenza a formulare i preventivi per l'assistenza legale nell'ottica della compattezza della prestazione, la quale tuttavia - specialmente per l'attività non contenziosa - in realtà è composita, come emerge dall'analisi della giurisprudenza maturata non solo in tema di responsabilità professionale per consulenza, ma pure a margine delle prestazioni accessorie rispetto al patrocinio in giudizio. In linea di principio, l'avvocato è considerato responsabile (16) nei confronti del proprio cliente (17) al ricorrere dei presupposti indicati dagli artt. 2236 e 1176 c.c., cosicché "nelle ipotesi di interpretazione di leggi o di risoluzione di questioni opinabili, deve ritenersi esclusa la sua responsabilità, a meno che non risulti che abbia agito con dolo o colpa grave" (18). La condotta professionale rispetto al patrocinio in giudizio è valutata "facendo applicazione del comune criterio secondo il quale la appropriatezza di una scelta difensiva non si può non valutare se non sulla base degli elementi tutti noti al patrocinatore al momento della proposizione della domanda" (19). Di qui l'importanza di censire gli elementi forniti dal cliente, eventualmente impiegando allo scopo lo stesso accordo iniziale (il contratto con il cliente), dove descrivere anche contenuto e presupposti dell'incarico.

Altrettanto vale per le prestazioni ancillari alla difesa giudiziale, rivolte ad assicurare il risultato utile: tra queste la trascrizione presso l'Agenzia del Territorio dell'atto di cita-

zione o della sentenza, che postula la disponibilità degli elementi identificativi dell'immobile, il cui reperimento presuppone la collaborazione della parte attraverso la produzione della documentazione adatta ad individuarlo, oppure il conferimento di apposito incarico ad un tecnico (geometra) o ad un notaio. È, pertanto, opportuno attestare l'eventuale difetto di ciò, affinché nessuna responsabilità possa essere imputata all'avvocato per la mancata trascrizione (20). La produzione di elementi insufficienti, insieme con la ristrettezza dei tempi, vengono in rilievo in particolare laddove l'oggetto dell'incarico risulti ambiguo. Nei confronti di un avvocato cui era stata affidata la redazione di una denuncia di successione in prossimità della scadenza del relativo termine ed in mancanza della documentazione necessaria per il tempestivo adempimento della prestazione, si è escluso fosse fonte di responsabilità professionale l'omissione del consiglio circa l'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario, in modo da consentirgli di valersi della proroga prevista per tale ipotesi dalla legge, trattandosi di una deviazione dell'atto dal suo scopo precipuo" (20). Anche da questa vicenda si ricavano spunti per raccomandare sia il riepilogo degli elementi forniti dalla parte per l'espletamento dell'incarico, sia la descrizione del suo oggetto. In ipotesi di consegna all'avvocato di somme strumentali all'esecuzione del mandato professionale, il legale risponde a titolo di deposito oneroso nel caso di furto del denaro (21), cosicché si raccomanda la previsione del riparto dell'onere dei premi relativi alla copertura assicurativa.

Il criterio secondo il quale "di regola, le obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale costituiscono obbligazioni di mezzi e non di risultato, in quanto il professionista si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, non per conseguirlo" è, ovviamente, esteso all'attività stragiudiziale di consulenza. Rispetto al caso di un avvocato che aveva accettato l'incarico di formulare un parere in ordine all'utile esperimento di un'azione giudiziale, si è considerato che "la prestazione oggetto del contratto non costituisce un'obbligazione di mezzi, in quanto egli si obbliga ad offrire tutti gli elementi di valutazione necessari ed i suggerimenti opportuni allo scopo di permettere al cliente di adottare una consapevole decisione, a seguito di un ponderato apprezzamento dei rischi e dei vantaggi insiti nella proposizione dell'azione". Pertanto, in applicazione del parametro della diligenza professionale (art. 1176, comma 2, c.c.), si è concluso che "sussiste la responsabilità dell'avvocato che, nell'adempiere siffatta obbligazione, abbia ommesso di prospettare al cliente tutte le questioni di diritto e di fatto atte ad impedire l'utile esperimento dell'azione, rinvenendo fondamento detta responsabilità anche nella colpa lieve, qualora la mancata prospettazione di tali questioni sia stata frutto dell'ignoranza di istituti giuridici elementari e fondamentali, ovvero di incuria ed imperizia insuscettibili di giustificazione" (23).

Infine, oltre alla determinazione del compenso, l'accordo potrebbe occuparsi anche dei termini del suo pagamento, aspetto rilevante anche considerando che all'avvocato non è consentito invocare l'eccezione di inadempimento (24).

Nella determinazione del contenuto del contratto con il cliente occorre, certamente, tenere conto della normativa di protezione del contraente per adesione in genere e del consumatore in particolare (25), specialmente laddove si configurino limitazioni della responsabilità professionale, peraltro considerando - specie al di fuori del contenuto tipico dell'attività contenziosa - l'alterità rispetto alla delimitazione dell'oggetto dell'incarico, differenza affinata in ambito assicurativo (26).

Note:

(1) Si segnala la trattazione di G. Alpa, con la collaborazione di R. Martini, *Oggetto e contenuto del contratto*, in G. Alpa, U. Breccia, A. Lisserre, *Il contratto in generale. Causa, contenuto, forma*, Giappichelli, 2001

(2) Cass., 29. 2.2008, n. 5513 in applicazione dell'enunciato principio ha cassato la sentenza impugnata ritenendo che la corte territoriale non avrebbe potuto riconoscere la validità e la concreta applicabilità della clausola del contratto di utenza che consentiva al consorzio di modificare unilateralmente, nel corso del rapporto, i canoni dovuti in presenza di variazioni dei costi e del bilancio economico dell'attività, senza verificare se tale pattuizione fosse integrata da eventuali altre clausole relative ai criteri di determinazione della misura dei canoni.

(3) Cass., 19. 3. 2007, n. 6519, in *Foro it.* 2007, 1699, con nota di Bel-lantuono, la quale da detta premessa ha ricavato la nullità per indeterminazione dell'oggetto del contratto di appalto che affidava alla valutazione discrezionale del committente la specificazione degli interventi da realizzare. Nella specie si trattava di un contratto di appalto in cui l'individuazione delle prestazioni dell'appaltatore era rimessa a successivi ordini di servizio dell'appaltante.

(4) Cass., 6. 3. 2007, n. 5135, la quale ha confermato la sentenza di merito, che aveva escluso l'integrazione del contratto con l'uso negoziale, pur esistente nell'ambito territoriale di riferimento, secondo il quale nel conteggiare i lavori di muratura commissionati il prezzo si dovesse ritenere convenuto "vuoto per pieno", ovvero sulla base dell'intera area delle facciate da costruire, senza considerare l'eventuale presenza all'interno di esse di porte e finestre, in quanto le parti avevano autonomamente previsto le modalità di misurazione della murature, il che escludeva la necessità di procedere all'integrazione del contratto.

(5) Trib. Bari, 7. 5. 2009, n. 1516, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2009, secondo cui "In tal caso, la conoscenza successiva del saggio applicato non vale quindi a sanare l'originario vizio di nullità della pattuizione, per carenza del requisito della determinabilità, la cui esistenza l'art. 1346, c.c., esige a priori, al punto che non può essere individuato successivamente, tanto più quando il saggio non sia determinato da entrambe le parti ma da una di esse, che l'abbia portato a conoscenza dell'altra attraverso documenti che abbiano il fine esclusivo di fornire l'informazione delle operazioni periodicamente contabilizzate, e non anche di contenere proposte contrattuali, capaci di assumere dignità di "patto" in difetto di espresso dissenso comunque manifestato dal destinatario della proposta."

(6) Trib. Torino, 3. 11. 2006, in *Redazione Giuffrè*, 2006, la quale ha sottolineato l'importanza che "il criterio previsto non si risolva esplicitamente o implicitamente nel mero arbitrio di una delle parti, come si verifica allorché gli indici siano dati obiettivi di mercato, dipendenti dalle pratiche della generalità degli operatori di mercato e/o dai tassi di collocazione e rendimento dei titoli del debito pubblico e siano evidentemente estranei a qualsivoglia possibilità di unilaterale determinazione da parte della banca e le fonti di cognizione dei parametri siano pur esse estranee al potere di ingerenza della banca."

(7) È stata colpita la clausola di un conto corrente che riservava alla banca l'esercizio dello "ius variandi" in senso sfavorevole al cliente "in assenza di criteri di sufficiente, oggettiva e certa determinabilità delle condizioni applicate al rapporto, è nulla per indeterminabilità dell'oggetto": Trib. Palermo, 26. 3. 2010, n. 42, in *Giur. merito* 2010, 9, 2077 con nota di Gorgoni. In materia vige, tuttavia, la disciplina speciale dettata dal Teso Unico Bancario, per la cui illustrazione si rinvia ad A.A. Dolmetta, *Ius variandi bancario. Tra passaggi legislativi e giurisprudenza dell'ABF le linee evolutive dell'istituto*, in *Il Caso.it*, II, 260/2011.

(8) Cass., 8. 5. 2008, n. 11466, in *Guida al diritto*, 2008, 31, 75 secondo cui "Il principio secondo il quale la convenzione di interessi dovuti in misura extralegale necessita della forma scritta "ad substantiam" va interpretato nel senso che il requisito della necessaria determinazione scritta degli interessi ben può essere soddisfatto anche "per relationem", attraverso il richiamo a criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, purché obiettivamente individuabili. Non può, all'uopo, dirsi sufficientemente univoca la clausola che si limiti a un mero riferimento alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza, poiché, ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di determinazione del tasso convenzionale, il riferimento "per relationem" può considerarsi sufficiente soltanto ove esistano vincolanti discipline del saggio, fissate su scala nazionale con accordi di cartello, e non già ove tali accordi con-

tengano diverse tipologie di tassi o, addirittura, non costituiscano più un parametro centralizzato e vincolante."

(9) Secondo Trib. Mondovì, 17. 2. 2009, n. 70, in *Giur. merito* 2009, 4, 973 "È nulla ai sensi degli artt. 1325 e 1346 c.c., per indeterminabilità di un elemento essenziale, la clausola del contratto di conto corrente bancario la quale preveda che le commissioni, spese ed accessori saranno calcolate come da cartello interbancario in vigore o in uso presso le aziende di credito della zona."

(10) Per App. Lecce, 22.10.2001, in *Riv. dir. comm.* 2002, II, 251, con nota di Mantovano "In un contratto di conto corrente bancario stipulato anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 154 del 1992 è nulla la clausola di rinvio agli usi di piazza, attesa l'assenza in essa di alcun elemento estrinsecò di riferimento che permetta, in assenza di accordi e/o in presenza di tipologie di tassi notevolmente diversi, una sicura ed univoca determinabilità degli interessi e l'intrinseca controllabilità dei criteri di riferimento. Non è pertinente il richiamo dell'art. 1349 c.c. svolto dall'appellante principale (la banca) in ordine alla sua posizione di arbitratore.

(11) Il parere del Consiglio di Stato (n. 3126/2012, parere favorevole con osservazioni, espresso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi nell'adunanza del 5 luglio 2012), relativo al progetto di regolamento di cui al DM 20 luglio 2012, n. 140, ha sostenuto che i nuovi parametri costituiscono meri criteri di riferimento, derogabili dal giudice anche nei minimi, proprio perché non sono più tariffe. ammonendo "che non si dica che si tratta di tariffe camuffate!"

(12) Peraltro il difetto di un divieto espresso nella lettera della legge (c.d. "disposizione", che la teoria generale del diritto contrappone alla norma, frutto dell'attività interpretativa) non sembrerebbe impedire l'applicazione dell'art.1344 c.c., laddove sia ricavabile un corrispondente precetto: "In materia di rapporto di lavoro interinale, disciplinato dalla l. 196/1997, la mancata previsione, nell'ambito della stessa legge, di un divieto di reiterazione dei contratti di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo conclusi con lo stesso lavoratore avviato presso la medesima impresa utilizzatrice non esclude che, in tali casi, possano configurarsi ipotesi di contratti in frode alla legge, allorché la reiterazione costituisca il mezzo, anche attraverso intese, esplicite o implicite, tra impresa fornitrice e impresa utilizzatrice concernenti la medesima persona del prestatore, per eludere la regola della temporaneità dell'occasione di lavoro che connota tale disciplina"(Cass., 12.1.2012, n. 232, in *Guida al diritto*, 2012, 9, 52).

(13) "L'art. 2, l. n. 287 del 1990 punisce, come illecito anticoncorrenziale, le intese che hanno come scopo, oggetto od effetto la restrizione della concorrenza sul mercato nazionale o su una sua parte rilevante. Le intese di cui all'art. 2, possono estrinsecarsi in accordi espressi, o in pratiche concordate, o in deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari. Mentre la fattispecie dell'accordo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza."(Cons. Stato, sez. VI, 13. 5.2011, n. 2925, in *Foro amm. CDS*, 2011, 5, 1621) Secondo Cons Stato, sez. VI, 11.1.2010, n. 10, in *Foro amm. CDS* 2010, 1, 13,"Nella "pratica concordata" di cui all'art. 2 della l. n. 287 del 1990 in tema di illecite intese restrittive della concorrenza, manca o comunque non è rintracciabile da parte dell'investigatore, un accordo espresso, il che è agevolmente comprensibile, ove si consideri che gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, ed essendo consapevoli della sua illiceità, tenteranno con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti, e anche accordi verbali espressi, e ricorrendo invece a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto. Ne consegue che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, può essere indiziaria, purché gli indizi siano seri, precisi e concordati. In tema di illecita intesa restrittiva della concorrenza come disciplinata dall'art. 2 l. n. 287 del 1990, il concetto di "pratica" (concordata) si riferisce a condotte di più soggetti e che si ripetono costanti nel tempo, e implica dunque che: vi siano comportamenti di più imprese; detti comportamenti si ripetano costantemente nel tempo, e non siano meramente episodici; detti comportamenti siano,

per le varie imprese, uniformi e paralleli, quanto meno nella impostazione di fondo; detti comportamenti appaiono il frutto non di iniziative unilaterali, ma di una concertazione; gli stessi siano insuscettibili di una spiegazione alternativa rispetto allo scopo anticoncorrenziale”

(14) Sono note le iniziative assunte dall'Antitrust nel corso del 2012 avverso alcuni Consigli Distrettuali Notarili- a cominciare da quello milanese- per l'adozione di delibere con cui intimavano agli iscritti il rispetto dei minimi tariffari: ANGCM- I749 - Consiglio Notarile di Milano/Delibera N. 4/2012. Provvedimento n. 23606

(15) Nel Bollettino - Edizione Speciale 9 gennaio 2012 al punto 18 dedicato alle Libere Professioni si legge quanto segue:”Abolizione dei tariffari - Riforma della composizione degli organi disciplinari degli Ordini -Limitazione del potere degli Ordini in materia di corsi di formazione - Revisione della pianta organica dei notai - Eliminazione del controllo degli ordini sulla pubblicità dei professionisti. L'Autorità ritiene che in tale settore, al fine di completare il processo di modernizzazione già avviato e consentire ad esso di svolgere un ruolo adeguato di sostegno alla crescita nel Paese, risulta necessario introdurre le seguenti misure:a) abolizione espressa di qualsiasi forma di tariffario e, conseguentemente, abrogazione dell'art. 3, comma 5, lett. d), del D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in legge dalla L. 14settembre 2011, n. 148, nella parte in cui prevede che in caso di mancata determinazione consensuale del compenso, quando il committente è un ente pubblico, in caso di liquidazione giudiziale dei compensi, ovvero nei casi in cui la prestazione professionale è resa nell'interesse dei terzi si applicano le tariffe professionali stabilite con decreto dal Ministro della Giustizia...”

(16) In caso di avvocato membro di associazione professionale è controversa l'estensione della responsabilità.”Qualora un professionista appartenente ad una associazione professionale abbia assunto incarico di difesa legale verso un cliente, del suo eventuale inadempimento, risponde l'associazione professionale di cui fa parte, o meglio rispondono solidalmente tutti i professionisti appartenenti alla stessa, indipendentemente dalla circostanza che sia possibile individuare le rispettive attività in concreto svolte”. (Trib. Roma, 15.3.2007). L'associazione professionale tra più avvocati non è responsabile del danno causato al cliente dalla negligenza di uno dei suoi aderenti. (App. Roma, 23. 4. 2002, in *Giur. Romana*, 2003, 30). In tema rinvio alla mia analisi *La natura giuridica delle associazioni professionali nella giurisprudenza*, in *Nuova Giur. Civ. Comm*, 2011, parte 2, pp. 559 ss.

(17) La distribuzione dell'onere della prova è tale per cui-”Il cliente che sostiene di aver subito un danno, per l'inesatto adempimento del mandato professionale del suo avvocato, ha l'onere di provare: a) la difettosa o inadeguata prestazione professionale; b) l'esistenza del danno; c) il nesso di causalità tra la difettosa o inadeguata prestazione professionale e il danno.” (Cass., 18.4.2007, n. 9238, in *Giust. civ.*, 2008, 9, 2017, con nota di Sabatini). La prova del danno è, ovviamente, imprescindibile: “Posto che la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità produce effetti “ex nunc”, va respinta la domanda risarcitoria avanzata da chi lamenta la colpa del professionista per non aver questi eccepito la prescrizione del diritto di accettare l'eredità di chi sia stato giudizialmente dichiarato figlio naturale successivamente alla morte del “de cuius” (Trib. Piacenza, 15. 3.1990, in *Foro it.*, 1991, I,636)

(18) Cass. 4.12.1990 n. 11612; Cass., 11 agosto 2005, n. 16846: la responsabilità è stata esclusa laddove il caso si presentava di difficile risoluzione, in esso coesistevano e si intrecciavano problematiche varie e complesse.

(19) Pertanto “le scelte di strategia processuale operate devono ritenersi immuni da critiche, quando almeno sia stata fornita dal cliente documentazione incompleta. relative a questioni di nullità del contratto e a questioni della esistenza di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale, intreccio dovuto al fatto che non sia del tutto preclusa la ipotesi che, in applicazione dei criteri di carattere generale, la nullità dell'intero contratto travolga anche la clausola arbitrale, aprendo così la via all'azione giudiziaria ordinaria. È da ritenere, quindi, che l'esistenza di questa sola possibilità valga a escludere sotto il profilo del fatto che, implicando il caso la soluzione di questioni tecniche di particolare complessità, l'errore sulla sussistenza della competenza degli arbitri, se vi fosse, non può dar luogo a un'ipotesi di responsabilità professionale, essendo pienamente compatibile con il dovere di diligenza media nell'esecuzione della prestazione richiesto dall'art. 2236 c.c.” (App. Milano, 10. 6. 2006, n. 1466, in *Giustizia a Milano*, 2006, 7, 52)

(20) “In tema di responsabilità professionale dell'avvocato, la colpevole inerzia degli eredi del proprio cliente nel compiere le attività necessarie per permettere al professionista di trascrivere una sentenza (nella specie, pagare quanto indicato nella decisione, condizione per la registrazione e quindi per la trascrizione della medesima), determinano la loro esclusiva responsabilità - ai sensi del secondo comma dell'art. 1227 c.c. - escludendo la responsabilità del professionista per il danno lamentato.” (Cass. 11. 7. 2012, n. 11699). Per contro “in caso di dedotta negligenza dell'avvocato per omessa trascrizione dell'atto di citazione in un'azione ex art. 2932 c.c., la prescrizione inizia a decorrere non dalla cessazione del rapporto professionale ma dal momento in cui, il cliente sia stato posto nella condizione di conoscere le lamentate inadempienze del suo difensore. (Nel caso di specie, la Corte ha confermato la sentenza dei giudici di merito che avevano stabilito la decorrenza della prescrizione dal trasferimento coattivo della proprietà del bene al cliente, perché in quel momento il danno era divenuto percepibile, conoscibile ed azionabile al fine di esercitare il diritto al risarcimento del danno nei confronti del legale)” (Cass., 27. 7. 2007, n. 16658). Ed ancora “in caso di conferimento di incarico al legale di provvedere alla trascrizione del verbale di separazione e del decreto di omologa, l'intempestiva esecuzione dello stesso, seguita da una trascrizione ipotecaria da parte di un'agenzia per la riscossione implicano la condanna del legale alla corresponsione dell'intero credito oggetto d'ipoteca.” (Trib. Milano, sez. V, 22. 7. 2010, n. 9554)

(21) Cass. 23. 2. 2011, n. 4422

(22) “la detenzione del denaro da parte del legale per la consegna alla controparte è da ritenere assolutamente funzionale all'incarico professionale di assistenza stragiudiziale, eseguendo l'avvocato tale ulteriore compito per compiacere e appagare i suoi clienti e quindi in vista di una sua convenienza e utilità, sempre dunque nell'ambito degli incarichi ricevuti e perciò il legale deve rispondere a titolo di deposito oneroso nel caso di furto del denaro.” (Cass., 9. 9. 2008, n. 22658, in *Guida al diritto*, 2008, 39, 44, con nota di Sacchetti)

(23) Nella specie, la Cassazione ha affermato “la responsabilità dell'avvocato il quale, nella formulazione di un parere stragiudiziale, aveva omesso di indicare al cliente che il diritto che questi intendeva far valere in giudizio era prescritto, omettendo altresì di approfondire l'eventuale sussistenza di elementi e circostanze in grado di contrastare l'eventuale eccezione di prescrizione” (Cass. 14. 11. 2002, n. 16023, in *Rass. forense*, 2003, 404)

(24) “In tema di esercizio della professione forense, l'asserita mora del cliente nel corrispondere il compenso può giustificare il recesso del professionista dal rapporto di prestazione d'opera - recesso che deve comunque avvenire senza pregiudizio del cliente stesso, ai sensi dell'art. 2237 c.c. - ma non giustifica in alcun modo lo svolgimento della prestazione senza la dovuta diligenza” (Cass., sez. un., 26.3.1997, n. 2661)

(25) Si rinvia a G. Alpa e S. Patti, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Comm. al cod. civ.*, a cura di P. Schlesinger, Giuffrè, 2003.

(26) La giurisprudenza ha consolidato un modello di massima secondo la quale “configura una non consentita limitazione di responsabilità ex art. 1229 c.c. la clausola di un contratto assicurativo che, nell'escludere l'assicurazione del relativo rischio, ipotizza (come nel caso di specie, con l'espressione testuale “da qualsiasi causa determinati”) in modo ampio e indiscriminato la non “comprensione” dei danni nell'oggetto del contratto stesso. Nel contratto di assicurazione sono da considerare clausole limitative della responsabilità, agli effetti dell'art. 1341 c.c. - con conseguente necessità di specifica approvazione preventiva per iscritto -, quelle che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito, mentre attingono all'oggetto del contratto - e non sono, perciò, assoggettate al regime previsto dalla suddetta norma - le clausole che riguardano il contenuto ed i limiti della garanzia assicurativa e, pertanto, specificano il rischio garantito. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza che aveva escluso la vessatorietà di una clausola limitativa della responsabilità dell'assicuratore formulata in modo così ampio da risultare finalizzata ad un'indebita eliminazione in toto del rischio contrattuale).” (Cass., 7. 4. 2010, n. 8235, in *Dir. economia assicur.* -dal 2012 *Dir. e Fiscalità' assicur.* - 2010, 4, 504, con nota di Clemente)

Jacques Ellul e il diritto naturale ⁽¹⁾

Antonio Fontana*

Già Professore Associato nell'Università di Genova

Mi sono limitato a tradurre il libro di Ellul, accettando una proposta dei Pastori Pons e Stretti della Chiesa valdese di Genova, i quali mi hanno offerto così la possibilità, che ho molto apprezzato, di una parentesi di *otium* nel mio lavoro abituale, del tutto diverso.

Seguendo il consiglio di Lutero, che di queste cose se ne intendeva, ho cercato di tradurre *nicht Wort aus Wort, sondern Sinn aus Sinn*. Se vi sia riuscito, giudicheranno i lettori. Ma, comunque se ne valuti l'esito, questa esperienza mi ha aiutato a capire il senso più profondo dell'ammonimento lasciatici dal Riformatore. Per fare una buona traduzione non basta conoscere le rispettive lingue; occorre altresì una certa affinità spirituale con l'Autore, altrimenti si rischia di fraintenderlo. In un clamoroso infortunio di questo genere è incorso perfino il Leopardi, che pure sapeva il greco perfettamente, quando ha voluto tradurre il Manuale di Epitteto: un romantico dalla salute malferma, ed incline a fare la lagna - nobilitata da un grande afflato lirico, ma sempre lagna - non poteva comprendere il fiero disprezzo dello stoico per il dolore.

Fortunatamente Ellul è, come si sa, una figura poliedrica, nella quale possono riconoscersi cultori di materie diverse: sociologi, politologi, teologi ecc. Per quanto mi concerne, ciò che ho trovato in lui di più congeniale ai miei interessi è la ricchezza e la precisione dei riferimenti storici con cui illustra il suo discorso. Per ragioni intuitive, qui devo limitarmi a pochi esempi. Il suo libro si annuncia, già dalle prime battute dell'Introduzione, come un riesame dell'intera tematica relativa al diritto naturale. In proposito, si suole far notare che solo quattro anni prima (nel 1942), e proprio in Francia, Maritain aveva pubblicato "*Les droits de l'homme et la loi naturelle*" in cui ribadiva le posizioni, a suo dire tuttora valide, già assunte dalla Scolastica. È vero. Ma la critica di Ellul non è diretta soltanto contro Maritain, che non cita neppure una volta. Egli risale molto più indietro, fino alle origini. Riporto testualmente le parole con cui esordisce: "Da quando il problema" del diritto naturale "è stato sollevato, circa duemilacinquecento anni fa, sembra che una vera soluzione non sia stata mai trovata" (p.19). Duemilacinquecento anni: il cristianesimo non arriva a coprire un arco di tempo così ampio. Tale misura cronologica ci riporta invece, puntualmente, al secolo di Pericle. È dunque chiaro che il nostro Autore allude, pur senza nominarla, all'Antigone di Sofocle, rappresentata, per la prima volta nel 442 a. C. Con l'eroina protagonista di questa tragedia, infatti, tutti i pensatori successivi hanno dovuto misurarsi.

La vicenda è nota. Polinice è caduto sotto le mura di Tebe. Il re Creonte, considerandolo un traditore della patria, ne proibisce le esequie. Secondo la mentalità di allora, questo era il guaio più grosso che potesse capitare. Infatti, sinché il cadavere rimaneva insepolto, l'anima del defunto era costretta a vagare senza trovar pace nell'al di là. Antigone, pur essendo a conoscenza del divieto, non ne tiene conto, e con un atto di coraggio che oggi riporteremmo all'obiezione di

coscienza, compie il rito funebre in onore del fratello. Arrestata e condotta davanti a Creonte difende la liceità, anzi, la doverosità del suo comportamento con queste parole (2): "...gli ordini che tu gridi non hanno tanto nerbo da far violare a chi ha morte in sé regole sovrumane, non mai scritte, senza cedimenti. Regole non di un'ora, non d'un giorno fa. Hanno vita misteriosamente eterna. Nessuno sa radice della loro luce. E in nome d'esse non volevo colpe io, nel tribunale degli Dei, intimidita da ragioni umane".

Il diritto naturale, concepito come insieme di regole che, in qualche modo, possono farsi risalire alla Divinità, valide in ogni luogo ed in ogni tempo, criterio in base al quale si può e si deve stabilire se quelle poste, *hic et nunc*, dagli uomini, siano giuste, e quindi vincolanti, non è dunque un'invenzione del cristianesimo: è un frutto della tendenza, tipica dello spirito greco, alla ricerca teoretica. Il cristianesimo, specie nella sua corrente cattolico-tomista, non ha fatto altro che appropriarsene, riproponendolo quindi costantemente, tanto che nel 1947 (appena un anno dopo l'intervento di Ellul), il Rommen avrebbe dato alle stampe un'opera intitolata: "*Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*", dove la ripresa della locuzione, che deve a Nietzsche la sua notorietà, ha, intuitivamente, sapore ironico.

Ma Ellul non è - o non è soltanto - un filosofo. Significativa, in proposito, è la sua dichiarazione di voler considerare il diritto naturale soprattutto come fatto. "Troppo spesso - egli osserva, sempre nell'Introduzione (p. 21) - ...si parla del diritto naturale come di una dottrina, di una interpretazione di dati giuridici, di una filosofia del diritto. E senza alcun dubbio esiste una filosofia del diritto naturale. Ma il diritto naturale non è in primo luogo questa filosofia. In primo luogo esso è un fenomeno che esiste non come idea, ma come avvenimento storico concreto. È un fatto che s'impone in un dato momento della storia giuridica, e che non si può rifiutare..."

Orbene, il diritto di cui, finora, meglio conosciamo la storia, è senz'altro quello romano. E docente di diritto romano, per l'appunto, è stato Ellul, fino al suo collocamento in pensione. Ben si comprende quindi come da esso, più che da altri sistemi giuridici, abbia attinto gli elementi che riteneva utili per sostenere le proprie tesi. Tale scelta egli ha compiuto applicando un criterio ispirato alla dialettica fra sacro e profano, diverso da quelli su cui si fondano, di solito, le partizioni didattiche, grazie al quale ha potuto distinguere tre fasi.

"Alle origini - scrive a p. 23 - il diritto è tutto permeato di elementi religiosi...è formulato dal sacerdote, ...è fornito di un ritualismo magico".

Il pensiero corre spontaneo al Collegio dei Pontefici. Quest'organo, espressione del ceto patrizio, presentandosi quale mediatore fra gli Dei e gli uomini, ha detenuto infatti il monopolio dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto fin verso la fine del quarto secolo a. C., quando Gneo Flavio pubblica una raccolta di formulari processuali nota, appunto, col nome di *Ius Flavianum*. Da allora inizia quella che potrebbe chiamarsi la liberalizzazione dell'accesso alle professioni legali. Ma qualche residuo della mentalità primitiva, dominata dal senso del mistero e dalla paura ch'esso ispira, sopravvive ancora a lungo, manifestandosi in comportamenti che per la nostra mentalità sconfinano nella superstizione. Mi hanno raccontato (relata refero...) di un insegnante che agli esami sfogava il suo sadismo chiedendo quale sistema d'illuminazione usassero i Senatori durante le loro sedute. Allo studente malcapitato pareva ovvio rispondere: "Mah, avranno acceso delle fiaccole ..." Errore! Le sedute si tenevano solo con la luce del giorno, e venivano so-

* Intervento alla presentazione del volume Jacques Ellul, *Le fondement théologique du droit*, Delachaux & Niestlé, 1946, trad.it di Antonio Fontana, Il Segno dei Gabrielli editori, Verona, 2012, svoltasi l'11 ottobre 2011 presso il Palazzo Ducale di Genova.

spese non appena scendeva il crepuscolo, perché con l'oscurità avevano via libera gli spiriti maligni, che potevano suggerire decisioni contrarie all'interesse pubblico

Se mi è consentita una breve digressione, vorrei ricordare come persino Israele abbia conosciuto un periodo in cui la soluzione di problemi giuridici era affidata a pratiche religiose, di cui l'Antico Testamento ci ha tramandato il ricordo. Anche qui mi limito a pochi riferimenti. Mosè, nella sua benedizione profetica, che occupa per intero il cap. 33 del Deuteronomio, dice a Levi: "I tuoi tummim e i tuoi urim appartengono all'uomo fedele (3) che ti sei scelto, che tu mettesti alla prova a Massa, e con il quale contestasti alle acque di Meriba. Egli dice di suo padre e di sua madre: 'Non lo vedo!'. Non riconosce i suoi fratelli, e nulla sa dei propri figli, perché i Leviti osservano la tua parola e sono i custodi del tuo patto. Essi insegnano i tuoi statuti a Giacobbe e la tua legge a Israele" (v. 8-10; questa, e le citazioni seguenti, sono tratte dalla Nuova Riveduta del 1994). Non si potrebbe affermare in modo più energico il dovere del giudice di essere imparziale, chiudendo gli occhi perfino davanti ai rapporti familiari più stretti. Ma cosa sono i tummim e gli urim cui si accenna in questo testo? In mancanza di descrizioni più precise gli studiosi ritengono si trattasse di due piccoli oggetti (forse due pietruzze di uguale peso, ma di colore diverso) chiusi in un sacchetto, il quale, a sua volta, veniva applicato al pettorale del sacerdote (Cfr. Es. 28 : 30; Le. 8 : 8; 1 S. 23 : 9). L'estrazione, a caso, di uno dei due, costituiva una forma di sorteggio, grazie al quale veniva risolto, in senso affermativo o negativo, il problema, per cui era stato consultato l'oracolo, nella convinzione (la stessa che ritroviamo alla base dell'ordalia, nel diritto germanico) che il Signore stia sempre dalla parte della verità.

A mo' d'esempio si può ricordare Ed. 2 : 59-63. Per comprendere il passo occorre tenere presente come gli Ebrei attribuissero a quelle genealogie, che qualche lettore di oggi trova forse un po' noiose, un valore non solo storico ma anche, ed ancor più, legale, in quanto fornivano la prova dell'appartenenza di una data persona al Popolo eletto, assolvendo così ad una funzione certificativa analoga a quella dei nostri atti dello stato civile, che attestano la qualità di coniuge, di figlio legittimo ecc. Nella specie, si trattava di un gruppo di profughi che, pur avendoli cercati, non erano riusciti a trovare, per l'appunto, "i loro titoli genealogici" ed erano stati quindi "esclusi, come impuri, dal sacerdozio" (v.62). Il racconto termina informandoci che "...il governatore disse loro di non mangiare cose santissime finché non si presentasse un sacerdote con l'urim e il tummim" (v. 63). Con precisione ancora maggiore il testo parallelo, contenuto in Ne. 7 : 65, è così formulato: "e il governatore disse loro di non mangiare offerte sacre finché non si presentasse un sacerdote per consultare Dio per mezzo degli urim e dei tummim". Si adotta, insomma, in via cautelare, un provvedimento interlocutorio, nell'attesa che "venga fatta chiarezza" - così si direbbe oggi - dall'autorità competente secondo la procedura prescritta.

Ma è tempo di tornare ad Ellul. Una nuova fase - la seconda - nella storia del diritto, si delinea, a suo parere, quando la norma giuridica si libera dell'involucro religioso che l'avvolgeva per vivere una vita indipendente e laica. È questa la fase che egli non esita a chiamare "del diritto naturale" (p. 24), inteso, per l'appunto, non già come dottrina, bensì come "fenomeno", che può essere empiricamente documentato. Cito, anche qui, testualmente: "Il diritto si forma" allora "come una creazione spontanea della società, sotto l'in-

fluenza di fattori economici, politici, morali. Non è racchiuso in un editto, non è formato in ogni suo elemento dallo Stato. Non è imposto dall'esterno, è nato direttamente dalla società, dal sentimento e dal volere comune....Questo diritto si fonda allora sull'adesione dei suoi destinatari, adesione che deriva dal fatto che il diritto è semplicemente l'espressione della coscienza e delle condizioni di vita di questi destinatari medesimi".

Ognuno vede come una siffatta descrizione si attagli perfettamente al diritto consuetudinario, al quale ormai tanti studi sono stati dedicati, da far ritenere superfluo qualunque chiarimento in questa sede. Mi limito perciò a ricordare la felice immagine secondo cui esso sta al diritto scritto come il dialetto sta alla lingua letteraria: questa è più corretta ed elegante, ma quello ha un'immediatezza ed una forza espressiva spesso ben maggiori, perché più aderente alla vita quotidiana. Basta, per convincersene, leggere qualche poesia di Carlo Porta o di Trilussa. E, come il dialetto, il diritto consuetudinario è una creazione popolare e anonima. La legge è opera di persone, che spesso vi legano il loro nome (si pensi, ad es., al Codice Zanardelli, al Codice Rocco, ecc.); la consuetudine, invece, si fa, per così dire, da sé, lentamente, quasi inavvertitamente, ed anche il *consensus omnium*, che si richiede per la sua esistenza, è solo tacito; sicché, se proprio le si vuol dare un padre, bisogna cercarlo in quel *Volksgeist*, oggetto precipuo di attenzione da parte della Scuola storica, che, proprio facendo leva su di esso, è riuscita, in Germania, a ritardare l'opera di codificazione di quasi un secolo, rispetto a quanto è avvenuto in Francia, dove gli Illuministi avevano predicato la Dea Ragione.

Il diritto, che il nostro Autore chiama naturale, non ha dunque proprio nulla in comune con quello invocato da Antigone e da quanti ne hanno seguito le orme. È un diritto posto dagli uomini, e quindi imperfetto, come tutti i prodotti della nostra storia. A mio avviso, si potrebbe addirittura sostenere che è ancor più imperfetto di altri sistemi giuridici, dei quali abbiamo fatto esperienza. Infatti è, spesso, nazionalista, perché rispecchia i comportamenti divenuti, col tempo, abituali in una data comunità, e da essa pacificamente accettati come normali. Si spiega così come la sua resistenza al cambiamento sia maggiore nelle materie che più da vicino toccano la psicologia, la mentalità, e diciamo pure i pregiudizi di un determinato ambiente sociale: i rapporti familiari, quelli di successione, l'assetto della proprietà. La controprova è data da ciò, che nessun rivoluzionario ha mai fatto appello alla consuetudine, per rovesciare l'ordinamento esistente e sostituirlo con un altro che, almeno a suo giudizio, fosse più giusto. Nazionalismo significa anche particolarismo giuridico. Paese che vai, usanze che trovi, ammonisce il proverbio: e questo non favorisce certo il dialogo e l'integrazione fra etnie diverse. Né le cose vanno meglio quando il diritto consuetudinario oltrepassa la cerchia della *civitas*, e si presenta come *ius gentium*, applicabile a tutti, perché fondato sulla *naturalis ratio*, secondo la famosa definizione di Gaio. La storia insegna infatti come proprio facendo appello a questo suo presunto carattere generale sia stata legittimata la schiavitù, istituto per la cui abolizione si è resa necessaria una lotta che, passando per la lettera di Paolo a Filemone giù giù fino a "La capanna dello zio Tom" (che è del 1852) ed oltre, è arrivata ai giorni nostri, né può dirsi ancora conclusa, a dispetto di tutte le dichiarazioni ufficiali sui diritti dell'uomo. È quindi, a mio avviso, da valutare positivamente la tendenza in atto a restringerne l'ambito di applicabilità, estendendo, d'altrettanto, quello del diritto scritto. Valga un solo esem-

pio. Quando entrò in vigore, nel 1942, il nostro Codice civile, all'art. 2140, disponeva: "Le comunioni tacite familiari nell'esercizio dell'agricoltura sono regolate dagli usi". Punto e basta. La riforma del diritto di famiglia, attuata con la legge 19 maggio 1975 n. 151 ha abrogato questa disposizione e l'ha sostituita con l'ultimo comma dell'art. 230 bis, che così recita: "Le comunioni tacite familiari nell'esercizio dell'agricoltura sono regolate dagli usi *che non contrastino con le precedenti norme*" (corsivo mio). La differenza fra i due testi è talmente chiara da non aver bisogno di commento. A prima vista può sembrare paradossale che un regime autoritario ed accentratore come il fascismo lasciasse alla consuetudine - fonte di produzione del diritto per definizione estranea alla volontà dello Stato - più spazio di quanto gliene ha concesso il legislatore repubblicano nel clima delle riconquistate libertà. Ma la spiegazione esiste. La consuetudine è spesso il canale attraverso cui possono giungere sino a noi antichi privilegi e disparità di trattamento ormai incompatibili con la Costituzione. Nel nostro caso si è voluto innalzare un argine contro le discriminazioni per cui il lavoro femminile era retribuito meno di quello maschile.

Ma il diritto consuetudinario, benché non scritto, fa pur sempre parte di quello positivo. Perciò il diritto naturale, una volta identificato col primo, non può più essere contrapposto al secondo. Ed infatti la contrapposizione che, se non vado errato, sembra risultare dalle pagine di Ellul, non è quella solita fra diritto naturale e diritto positivo, ma piuttosto quella fra diritto naturale e diritto...artificiale, o, forse meglio, artificioso. Qui ritroviamo l'Ellul anarchico, o l'Ellul marxista, o tutti e due. Per lui, invero, artificiale, o artificioso, e quindi agli antipodi col diritto naturale che si sviluppa, come abbiamo visto, per impulso proprio, dev'essere considerato quel diritto, o psudodiritto, che invece è imposto dall'alto. Quando ciò accade, entriamo nella terza ed ultima fase: " Il diritto diventa creazione dello Stato. Si enunciano principi, si determinano gerarchie giuridiche, si coordinano le leggi, si crea una tecnica giuridica, sempre più precisa, sempre più razionale, *sempre più lontana da ogni spontaneità*" (p. 25, corsivo mio).

Ed ancora una volta troviamo un riferimento storico preciso: a Roma ciò avviene nel primo secolo a.C. È questa infatti l'epoca che segna il passaggio dalla Repubblica al Principato; inizia, grazie anche ai contatti sempre più stretti con la cultura greca in generale, e con la logica aristotelica in particolare, l'elaborazione concettuale del diritto, primo passo verso quella che oggi chiamiamo la "dogmatica", e Cicerone scrive il "*De iure civili in artem redigendo*": opera che, purtroppo, non è giunta fino a noi, ma il cui titolo, già di per sé solo, è abbastanza eloquente.

Mi sono dilungato anche troppo e devo concludere. Lo faccio mettendo il rilievo tre punti.

A)- Va apprezzata, anzitutto, la grande capacità di sintesi del nostro Autore, il quale, in poche pagine, riesce a tracciare uno schizzo di quella che è stata l'evoluzione del diritto romano nel corso di secoli. Ciò che, come ben s'intende, è possibile solo a chi abbia una profonda conoscenza della materia.

B)- Davvero originale è la sua affermazione di un diritto naturale che non si è ridotto ad una teoria dai contorni vaghi e dalla fundamenta discutibili, ma è realmente esistito come *corpus* normativo, incarnandosi nei *mores*. Quanto alla preferenza di Ellul per questi ultimi, rispetto al diritto scritto, ho già sommamente espresso le mie riserve. Ma - bisogna pur riconoscerlo - una tale presa di posizione è coerente con l'orientamento generale del suo pensiero, e, direi, della sua

stessa vita. Egli ha sempre diffidato dell'autorità. Ora, questa si esprime attraverso la legge, che è costrizione, mentre attraverso la consuetudine si esprime il comune sentire della gente comune. L'una e l'altra sono quindi, almeno tendenzialmente, in conflitto. Una conferma sicura è data da ciò, che ancor oggi la consuetudine conserva grande rilievo in quei settori, come il diritto internazionale, in cui non esiste un Potere abbastanza forte da imporre la sua volontà.

C)- Ma Ellul non è un *laudator temporis acti*. Non indugia nel rimpianto del diritto naturale, né polemizza contro gli ordinamenti che ne hanno preso il posto, o contro le dottrine che, muovendo da essi, i giuristi di professione hanno costruito. Sotto questo profilo, si potrebbe forse definirlo un pragmatico. Egli assume infatti il diritto umano - *tutto* il diritto umano - così com'è, perché il suo scopo non è quello di individuarne le componenti e compierne una valutazione comparativa, bensì quello di stabilire quale funzione e quale significato gli si possa riconoscere, considerandolo nel suo complesso, alla luce delle Sacre Scritture. E a questo punto io devo lasciar la parola al teologo.

Note:

(1) Jacques Ellul, *Le fondement théologique du droit*, Delachaux & Niestlé, 1946, trad.it di Antonio Fontana, Il Segno dei Gabrielli editori, Verona, 2012

(2) Cito dalla traduzione di Ezio Savino, ed. Grazanti, 1999, p. 255

(3) Si tratta del sommo sacerdote Aronne.

La deflazione del contenzioso giudiziale analisi storica e prospettive

Alessandro Barca

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. Lo stato della giustizia civile ordinaria. 2. La giustizia privata tra tutela dei diritti e mediazione degli interessi. 3. L'arbitrato. 4. La conciliazione. 5. La storia. 6. Le conclusioni.

1. Lo stato della giustizia civile ordinaria.

Il parlare di tecniche di risoluzione alternativa delle liti, quale rimedio ausiliario al processo civile, denuncia e presuppone quella che è la crisi funzionale del processo.

È crisi che nasce, probabilmente, dal passaggio lento e graduale da una giustizia civile, per così dire di *élite* ad una giustizia civile di massa.

Questo passaggio è testimoniato dalla crescita del numero degli avvocati cui non è corrisposto un pari aumento dei magistrati addetti al civile.

È, quindi, una crisi che rivela in un certo senso la sproporzione esistente fra le esigenze della domanda e le capacità dell'offerta. Sta di fatto che questa sproporzione è la causa della eccessiva durata dei processi e dei 5 milioni di cause arretrate.

Alla crisi di efficienza si è risposto con la rincorsa all'aumento di produttività individuale dei magistrati, ma ciò nonostante la risposta di giustizia è rimasta insufficiente, quanto meno per lo smaltimento dell'arretrato.

La giurisdizione, inoltre, manca al suo scopo essenziale e cioè quello di produrre degli orientamenti aventi attitudine a divenire generalizzabili e stabili, a costituire il c.d. diritto vivente ed il c.d. diritto coerente, specie in un momento di produzione alluvionale e contraddittoria di norme.

La conseguenza è la fuga dalla giustizia civile ordinaria statale delle controversie più qualificanti.

Le statistiche dicono che il numero delle controversie giudiziali in materia di servitù prediali è, per esempio, superiore a quello di tutte le controversie in materia societaria, che pure denotano un contenzioso potenziale di rilievo economico infinitamente maggiore.

Una ricerca dell'ABI di qualche anno fa', ha dimostrato come solo con riferimento alle cause esecutive di recupero crediti, le disfunzioni della giustizia esecutiva italiana siano quantificabili in termini numerici in un danno di alcune migliaia di milioni per il sistema bancario a paragone dei sistemi stranieri e questo senza contare gli ulteriori danni sistemici che derivano da una distorta allocazione del risparmio e della produzione per effetto delle disfunzioni del sistema processuale.

Una giustizia lenta induce inefficienza nel sistema economico e può comprometterne la concorrenzialità.

Ecco allora che il problema dell'amministrazione della giustizia rispetto al variegato mondo dell'economia ritorna a porsi in qualche modo negli stessi termini in cui, nella prima metà del Novecento, lo poneva Max Weber, con un riferimento generale alle esigenze del sistema capitalistico: quello cioè della sua capacità di produrre, nel maggior grado possibile, certezza del diritto e decisioni nei tempi compatibili con quelli del funzionamento del mercato economico, rispetto al quale l'inadeguato funzionamento degli organi che esercitano la funzione giudiziaria determina, oltre alle ricadute, per i singoli, sul piano della tutela dei diritti, effetti sistemici distorsivi, quali la tendenziale diffusione dell'illegalità e la percezione non della giustizia ma del suo contrario.

2. La giustizia privata tra tutela dei diritti e mediazione degli interessi.

Di fronte a questa situazione emerge l'importanza dei rimedi che vanno sotto l'ampia denominazione di "privatizzazione della giustizia", privatizzazione che può condurre a due modi diversi di soluzione dei conflitti: la tutela dei diritti o la conciliazione degli interessi, ossia l'arbitrato da una parte e la mediazione dall'altra.

I sistemi di soluzione delle controversie alternativi al processo civile si sviluppano nel momento in cui la funzione di esercizio della giurisdizione viene intesa non più come una prerogativa esclusivamente pubblicistica di attuazione del diritto, ma come la prestazione di un servizio a favore di interessi individuali.

È proprio il principio per cui la risoluzione alternativa delle controversie sia un servizio utile ed efficace, destinato a risolvere e mediare le liti insorgenti tra portatori di interessi contrapposti, rappresenta un'idea mutuata dal diritto internazionale, nell'ambito del quale la conciliazione ha per molto tempo rappresentato l'unico mezzo di risoluzione delle controversie alternativo alla guerra, non essendo prevista la possibilità di un ricorso al processo giurisdizionale.

Di sistemi alternativi al processo civile oggi si parla con insistenza, non quale strumento atto a risolvere la crisi del sistema giudiziario, ma quale mezzo di "deflazione" della giustizia, in grado di offrire organi extragiudiziali diretti a prevenire o comunque a sostituirsi al processo.

Il Libro Verde della Commissione delle Comunità europee del 19 aprile 2002 COM (2002) relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale al paragrafo 1.2 così recita: "È opportuno mettere particolarmente in risalto il ruolo dell'ADR come strumento al servizio della pace sociale. In effetti, nelle forme di ADR in cui i terzi non prendono alcuna decisione, le parti non si affrontano più, ma al contrario s'impegnano in un processo di riavvicinamento, e scelgono esse stesse il metodo di risoluzione del contenzioso svolgendo un ruolo più attivo in tale processo per tentare di trovare da sole la soluzione che conviene loro di più. Questo approccio consensuale aumenta le possibilità per le parti di mantenere, una volta risolta la lite, le loro relazioni di natura commerciale o di altra natura. I metodi di ADR si caratterizzano per la loro flessibilità, nel senso che le parti sono, in linea di principio, libere di ricorrere all'ADR, di decidere quale organizzazione o quale persona incaricare della procedura, di determinare quale procedura seguire, di scegliere se parteciparvi personalmente o se farsi rappresentare e infine di deciderne l'esito".

In allora, peraltro, tanto in sede comunitaria quanto in sede di Commissione ministeriale si ritenne di ribadire una scelta verso un modello di conciliazione non obbligatorio e si faceva osservare la volontà di non cadere in una contraddizione in termini, atteso che non avrebbe avuto alcun senso obbligare al compimento di un'attività un soggetto il cui consenso libero è necessario per il buon esito dell'attività stessa.

Negli anni la UE ha dedicato al sistema ADR numerosi provvedimenti, regolamenti e direttive, ha promosso iniziative, ha diffuso documenti per la promozione per l'istituto. I fondamenti normativi sono nel Trattato e nella Carta dei diritti fondamentali(1).

Peraltro occorre pure rilevare che anche il legislatore italiano non è nuovo alla necessità di utilizzare strade non contenziose per la soluzione di determinate controversie.

In una sommaria e lacunosa ricerca si rinvennero esempi di procedure conciliative assai risalenti: le prevedevano già un r.d. 1578/33 sugli onorari di avvocato, poi sostituito dalla l. 794/42 ed a seguire nel tempo sono state previste dalla l. 203/82 sui con-

tratti agrari; dalla l. 392/78 in materia di canoni di locazione; dalla l. 533/73 sulle cause di lavoro.

Più recentemente si ricordano: la L. n. 580/1993 conciliazione davanti alle Camere di commercio, industria, artigianato; la L. n. 481/1995 conciliazione delle controversie in materia di fornitura di servizi di energia e gas; la L. n. 192/1998 conciliazione delle controversie in materia di subfornitura nelle attività produttive; il D.Lgs. 261/1999 conciliazione delle controversie in materia di servizi postali; la Legge n. 135/2001 conciliazione delle controversie in materia di turismo; la L. n. 182/2002 conciliazione delle controversie in materia di telecomunicazioni; la L. n. 129/2004 conciliazione delle controversie in materia di franchising; la L. n. 55/2006 conciliazione delle controversie in materia di patti di famiglia; la L. n. 84/2006 conciliazione delle controversie in materia di tintolavanderia; il D.Lgs. 206/2005 conciliazione delle controversie in materia di Codice del consumo; la L. n. 262/2005 conciliazione delle controversie in materia di tutela del risparmio.

3. L'arbitrato.

Per quanto concerne l'arbitrato è assai frequente l'inserimento negli statuti di società commerciali di clausole compromissorie.

Nel Codice di Commercio francese del 1807 l'arbitrato era addirittura obbligatorio per tutte le liti fra soci e concernenti società commerciali; l'obbligatorietà venne successivamente abolita, ma l'originaria previsione e le stesse oscillazioni delle legislazioni statuali al riguardo (e anche la ricordata ampia diffusione nella concreta esperienza del ricorso a clausole compromissorie) testimoniano l'esistenza di ragioni ben avvertite che in tale materia, e forse più che in altre, favoriscono il ricorso al giudizio arbitrale e la ricerca di strumenti alternativi a quelli che si avvalgono delle tradizionali tecniche di risoluzione delle controversie.

Tali ragioni sembrano dunque andare oltre a quella, pur presente e quasi ovvia, di ricerca di una maggiore speditezza, in quanto i rapporti societari ricevono il maggior pregiudizio dal protrarsi per un lungo periodo di tempo di situazioni di incertezza e di interna conflittualità.

4. La conciliazione.

Nella sua accezione più generale la conciliazione è uno strumento di composizione delle controversie che si pone in posizione intermedia tra l'arbitrato, *lato sensu* inteso e la transazione (2).

L'essenza caratterizzante l'istituto è proprio la *qualità del terzo*, che non è un mero *amicus communis* delle parti, semplice catalizzatore di un accordo transattivo, ma un soggetto espressamente investito di potere conciliativo in sede non contenziosa o, talora, il giudice stesso del processo.

La diffusione di forme e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie ha incontrato numerosi ostacoli nel nostro Paese, sia dal punto di vista culturale, sia dal punto di vista procedimentale, sia dal punto di vista organizzativo.

Non è agevole identificarne le ragioni che hanno costituito un ostacolo al diffondersi della cultura della conciliazione, ma possono, a mio giudizio, ricercarsi in fattori concorrenti, che sono:

- a) la concezione di amministrazione della giustizia incentrata sul ruolo del giudice togato;
- b) la preoccupazione che al di fuori del giudizio ordinario non siano rispettate le garanzie giurisdizionali;
- c) gli interventi estemporanei, non organici e sintomatici del legislatore: interventi diretti a eliminare alcune delle cause più gravi del disservizio, quali la lentezza, la macchinosità e la complessità della procedura;

d) l'assenza o la marginalità di strumenti alternativi non processuali, efficienti e affidabili;

e) il timore che l'organizzazione tecnica degli Enti di conciliazione non sia adeguata alle esigenze che essi intendono soddisfare.

Il legislatore italiano, prima di giungere al Decreto 28/2010 in tema di media-conciliazione, a partire dal 1999 ha proposto diversi disegni di legge in merito, tutti naufragati.

Ricordo in particolare il disegno di legge presentato dal Governo alla Camera dei Deputati il 7 luglio 2000 (n. 7185, "Norme in materia di accesso alla giustizia civile, per la risoluzione consensuale delle controversie e per l'abbreviazione dei tempi del processo civile"), riassume ed assorbe, sia pure con talune varianti, altri disegni di legge di iniziativa parlamentare presentati sempre alla Camera nella stessa materia (in particolare, il n. 4567 "Norme concernenti la conciliazione e l'arbitrato" presentato dall'on. Folena e altri il 17/2/1998 ed il n. 6052 "Disposizioni per la deflazione del contenzioso civile e per l'abbreviazione dei tempi del processo civile" presentato dall'on.le Bonito e altri il 20 maggio 1999).

L'ispirazione complessiva del disegno di legge presentato dal Governo il 7 luglio 2000 intendeva allargare gli spazi entro cui le parti, prima o durante il processo, potevano inserire una loro iniziativa volta alla conciliazione della controversia: a tal fine prevedeva l'istituzione di Camere di conciliazione presso i Tribunali, ad opera dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati, l'istituzione di Camere di conciliazione ed arbitrato per le controversie tra imprese e tra consumatori e tra imprese presso le Camere di Commercio, la istituzione, presso il Ministero della Giustizia, di un Registro nazionale delle associazioni e degli Enti presso i quali è possibile esperire un procedimento per la risoluzione negoziale dei conflitti, la fissazione di speciali udienze non contenziose davanti ai Giudici di Pace, la possibilità per le parti di una controversia per danni derivanti da circolazione di veicoli e natanti di adire il Giudice di Pace o la Camera di conciliazione presso il Tribunale al fine di instaurare un procedimento di conciliazione.

Ciò che caratterizzava tutte tali iniziative era la loro volontarietà. I disegni di legge in questione, infatti, escludevano tutti la obbligatorietà del tentativo di conciliazione, inteso quale condizione per adire successivamente il Giudice ordinario (la prevedeva, invece, limitatamente alla cause di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti ed alle cause tra professionisti e tra professionisti e consumatori, il disegno di legge n. 4567).

Detti provvedimenti, peraltro, prevedevano alcuni importanti incentivi volti a favorire l'iniziativa per la conciliazione: se la conciliazione davanti alla Camera istituita presso il Tribunale, o davanti a quella istituita presso la Camera di commercio o davanti al Giudice di Pace, fosse riuscito, il relativo verbale avrebbe costituito titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Nel caso di conciliazione davanti alle Associazioni od Enti iscritti nell'apposito registro ministeriale, il verbale avrebbe conseguito l'efficacia di titolo esecutivo attraverso l'omologazione del Tribunale, che ne avrebbe verificato semplicemente la regolarità formale e la validità negoziale.

Le imprese che si fossero impegnate, con uno specifico protocollo di intesa, a sperimentare preventivamente al giudizio uno o più procedimenti davanti alla Camera di conciliazione ed arbitrato istituita presso la Camera di commercio, inserendo tale impegno nelle condizioni generali di contratto con i consumatori, avrebbero potuto ottenere una "certificazione" espressiva di una politica di mercato favorevole ai consumatori e valersene come pubblicità.

Analoga certificazione avrebbero potuto ottenere le imprese di assicurazione che si fossero impegnate a sperimentare preventivamente al giudizio il procedimento di conciliazione o a comparire nello stesso inserendo l'impegno nelle condizioni generali di contratto; l'istanza di conciliazione in sede non contenziosa avrebbe costituito atto interruttivo della prescrizione.

Altri due punti del disegno di legge presentato il 7 luglio 2000 alla Camera dei Deputati (n. 7185) prevedevano che le parti, volendo accedere ad un procedimento di conciliazione nel corso del processo, potessero chiedere la sospensione del processo medesimo e che, nelle controversie di risarcimento danni derivanti da circolazione di veicoli e natanti, il Giudice, all'esito delle attività di cui agli articoli 183 e 184 del codice di procedura civile, su istanza della parte che aveva proposto la domanda, se le altre parti non si fossero opposte, potesse rimettere la parti davanti ad un arbitro per la decisione.

5. La storia.

La dottrina ottocentesca (Scamuzzi e Scialoja) affermava che fu Voltaire con una celebre lettera in cui si esaltava il ruolo della conciliazione in Olanda(3) ad ispirare i Titoli III e X del decreto del 16-24 agosto 1790(4) sulla l'istituzione della conciliazione obbligatoria.

Peraltro il principio della obbligatorietà della conciliazione preventiva si ritrova anche nel 1700 in Svizzera (a Ginevra), in Prussia, in Svezia e Danimarca, nell'ex Governo Pontificio(5) e dunque si dubita fortemente che l'istituto sia nato in Francia.

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(6).

Tale magistratura che ricalcava peraltro quella del Baiulo(7) rimase in piedi in Francia sino al 1600(8).

In Francia la conciliazione obbligatoria, così come la coscrizione obbligatoria, non nascevano dall'esigenza di limitare diritti e ruoli, ma piuttosto dalla pressante necessità di controllare il territorio.

A partire dal 1790 questa necessità di controllo si estese anche al resto dell'Europa.

Si pensò dunque di affiancare l'utilizzo delle armi(9) con una nuova organizzazione della giustizia; per la verità l'idea fu copiata dall'Impero romano, come si dirà in seguito.

Successivamente alla grande codificazione napoleonica, a partire dal 1806, in Francia vi furono molte spinte soprattutto da parte della magistratura per l'abolizione del tentativo obbligatorio di conciliazione: tuttavia, poiché il principio della obbligatorietà fu costituzionalizzato nel 1791, l'istituto fu conservato, anche se le polemiche in ordine alla sua abolizione riuscirono a ridimensionarne l'applicazione.

Il principio dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione venne disciplinato dal codice di procedura civile francese del 1806-7(10) (art. 49) e la mancanza del tentativo fu degradata ad una nullità di carattere privato e quindi sanabile col silenzio. L'obbligatorietà del tentativo fu inoltre limitata alle sole controversie che non fossero di competenza del giudice di pace(11).

Erano dispensate dal tentativo obbligatorio anche le domande che richiedevano celerità di intervento e di garanzia(13), in materia di commercio(14), di scarcerazione, di risoluzione di sequestri ed opposizione(15), di pagamento di pigioni, fitti, dei procuratori per il pagamento delle loro spese, arretrati di rendite e pensioni(16), quelle rivolte contro più di due parti quantunque aventi il medesimo interesse(17), di verifica di scrittura, per cambiamento di procuratore, per re-

golamento di competenza, per ricusazione dei giudici, per azione civile, quelle contro un terzo pignorato e in generale sui pignoramenti(18), sulle offerte reali, sulla consegna di titoli, sulla loro comunicazione, sulle separazioni di beni, sulle tutele e curatele(19); ed infine tutte le cause eccettuate dalla legge(20).

In presenza di accordo si redigeva il verbale con le condizioni dell'accordo: esso aveva forza di obbligatoria; 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(21).

L'ufficio di conciliazione fu istituito anche nella Repubblica Cisalpina(22) nel 1797(23): il conciliatore conosceva obbligatoriamente, ma non in sede contenziosa(24), 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(25).

Nella Repubblica Romana (1798-1799) soggetta al comando del "Generale Comandante delle Truppe Francesi" esisteva il Tribunale civile del Pretore(26).

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(27). "Il ministero del Burò di conciliazione è quello di impiegare, per accordare le parti, tutti li mezzi di Consiglio e d'Istruzione"(28). Siamo dunque in presenza di una conciliazione valutativa e di un sistema, a cavallo tra la conciliazione e il processo.

Anche la Liguria fu assoggettata prima all'influenza francese e poi alla dominazione napoleonica dal 1796 al 1815.

La legislazione di pace della Repubblica Ligure fu in parte legata all'ingegno di Luigi Corvetto: il giurista fu poi chiamato da Napoleone nella commissione di compilazione del Codice di commercio francese e fu l'ideatore dell'attuale ordinamento di pace e del patrocinio a spese dello Stato.

In questa situazione, nel 1805, intervenne il decreto napoleonico che riformò l'intero sistema giudiziario nella Regione(29) a seguito dell'annessione della Liguria alla Francia e la giustizia di pace imperiale sostituì la vecchia giustizia di pace(30).

In diversi Stati si riteneva opportuno che gli avvocati non partecipassero alla conciliazione dei loro assistiti: così in Olanda, in Prussia, nell'ex Regno Pontificio, nella Repubblica Ligure(31) ed il principio venne mantenuto anche dalla legislazione asburgica in Lombardia e Veneto sino al 1848.

In controtendenza sulla obbligatorietà in quel periodo andavano solo gli Stati Sardi(32): tuttavia 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 ebraico vi era appunto un tentativo di conciliazione obbligatoria a cui nemmeno il Re poteva sottrarsi(33). Tale diritto era il c.d. diritto di "kasagà" cioè il diritto del conduttore ebraico di opporsi alla decisione del locatore di vendere o locare a terzi, ebrei e non.

Tale diritto, che discenderebbe dal Deuteronomio(34), prevedeva che qualora il sovrano avesse deciso di ridurre o spostare il ghetto, gli abitanti avevano il diritto di "kasagà", appunto, e che eventuali modifiche dovevano passare attraverso la conciliazione, alla quale neppure il Re poteva sottrarsi.

E non fu neppure un caso che nel Regno delle Due Sicilie, a partire dal 1819, anno in cui Napoleone perse il potere, l'abolizione della conciliazione volontaria divenne(35) il vessillo del-

la libertà; Le Sicilie erano infatti decisamente recalcitranti a piegarsi alla legislazione napoleonica.

Nato il Regno d'Italia, il Regio Decreto sull'Ordinamento giudiziario del 6-12-1865, n. 2626, al Titolo I, Capo Primo ed al Titolo II, Capo I, istituì il Conciliatore come primo dei soggetti amministranti la giustizia civile e penale, cui seguirà, nel 1866, l'entrata in vigore del primo c.p.c. dell'Italia unita che prevedeva la richiesta ai conciliatori di comporre le controversie.

A 16 anni dall'entrata in vigore del c.p.c. del 1865/66 nella relazione al Re del 1882 il Ministro della Giustizia Zanardelli(36) forniva, relativamente all'anno 1880, i seguenti dati statistici: i conciliatori erano 8332 ed il totale delle controversie 1.075.246. Di questo 1.075.246 di controversie, 224.461 andarono in conciliazione preventiva e 122.034 vennero conciliate.

Delle restanti 850.785 controversie (cioè non andate in conciliazione preventiva), 223.835 vennero conciliate o transatte(37). Questi dati sono stati tratti dalla voce Conciliatore e conciliazione giudiziaria del Digesto Italiano del 1896.

Come si accennava sopra, peraltro, l'idea di una giustizia privata era presente già in epoca romana e greca.

Nella Roma arcaica i *disceptatores domestici* (38) di matrice legale(39) conciliavano, infatti, 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 in tempi repubblicani non era una professione quella del giurista(40), ma solo un momento di passaggio necessario alla progressione nel corso degli onori, cioè per divenire console, pretore o tribuno.

Nell'epoca classica era il pretore(41) che aveva il compito di prevenire(42) e dirimere(43) le liti. Ma poteva darsi che l'accordo tra i litiganti si formasse nel percorso tra il luogo dove il creditore incontrava il debitore ed il tribunale (*vocatio in ius*), e successivamente in modo certo meno tumultuoso, in casa delle parti, di un congiunto o di un giureconsulto(44). Durante il percorso (tra il luogo dove il creditore incontrava il debitore ed il tribunale) spesso i litiganti si accordavano(45) ed il magistrato doveva limitarsi a sanzionare l'accordo intervenuto(46).

L'accordo a seguito della *vocatio in ius* venne raccomandato dallo stesso Gesù come ci ricorda l'Evangelista Luca: "Quando vai con il tuo avversario davanti al magistrato, lungo la strada cerca di trovare un accordo con lui, per evitare che ti trascini davanti al giudice e il giudice ti consegna all'esattore dei debiti e costui ti getti in prigione. Io ti dico non uscirai di là finché non avrai pagato l'ultimo spicciolo(47).".

La difficoltà della citazione per atto privato tuttavia e le limitazioni col tempo apposte(48), il desiderio di sottrarsi al diritto e al rigore delle formule ed anche un po' l'incivilimento dei costumi, fecero nascere presso i Romani l'uso di tentare la conciliazione appunto in casa propria, o di un congiunto, o di un giureconsulto e ivi esponendo le proprie ragioni finivano per lo più di intendersi e conciliare con equità(49).

I Romani andavano anche frequentemente ad accordarsi sotto ad una colonna, nel Foro di Cesare(50) e ciò avveniva previo giuramento solenne nel nome del padre della patria(51). I coniugi in procinto di separarsi non si conducevano davanti al pretore, ma al tempio di Giunone conciliatrice per farli desistere dalla volontà di separarsi(52).

Questo stato di cose resse sino a Caligola che impose una pesantissima tassa sulle liti per rimpinguare le casse dello Stato e quindi considerò la conciliazione come una frode all'erario.

La conciliazione riprese però vigore sotto l'imperatore Valente col Difensore di città(53) che sostituì l'antico Tribuno della plebe(54). Giustiniano nel capitolo VIII(55) di una Novella(56) precisa che "Avendo noi fatto una legge che, trattandosi di cause pecuniarie, i

mediatori non si possono costringere a fare testimonianza, alcuni abusano di questa disposizione e non vogliono fare testimonianza. Prescriviamo quindi che se ambedue le parti litiganti acconsentono che il mediatore faccia testimonianza, debba egli prestarla, suo malgrado; poiché in tal caso il consenso delle parti toglierà la proibizione da noi fatta che si possa costringere a fare testimonianza(57)".

Platone nel dialogo I de *Le leggi* si interroga sul quesito se sia più avveduto un legislatore che si preoccupi di mantenere la pace esterna, ovvero quello che desideri la conservazione di quella interna. E fa pronunciare ad un suo personaggio detto "Anonimo Ateniese"(58) queste parole: "Ma non dovremmo forse preferire un terzo tipo di giudice, uno che, raccolta una famiglia divisa, non mettesse a morte nessuno ma ne riconciliasse i membri e per il futuro desse loro delle leggi per assicurare una piena concordia reciproca(59)?"

Nel dialogo XI il grande filosofo così si esprime in merito alle questioni di possesso e di affrancamento dello schiavo: "I processi per questi fatti siano di competenza dei tribunali e delle tribù, a meno che le parti non pongano fine alle imputazioni reciproche presso dei vicini o dei giudici da loro scelti".

Prima di lui Omero sottolineava principi che pur dettati per l'arbitrato influiranno anche sulla conciliazione moderna(60): gli uomini di quel tempo, infatti, 1) accettavano la decisione solo in quanto proveniente da persona a cui avevano conferito il potere di prenderla, 2) osservavano le regole se ciò fosse frutto di una libera scelta(61): avevano dunque ben chiaro il concetto di accordo e di volontarietà che sta alla base degli strumenti di ordine negoziato.

Gli Ateniesi dell'età classica(62) non gradivano che si litigasse senza fondati motivi: così veniva imposto il versamento di una cauzione che andava persa se la lite era immotivata e pure di una multa di 1000 dramme che veniva elevata a chi abbandonasse un pubblico processo o non ricevesse in esso almeno un quinto dei voti favorevoli(63).

Le entrate per tasse e multe processuali potevano arrivare sino a 100 talenti all'anno: per comprendere bene la cifra si tenga presente che le entrate annue di Atene ai tempi di Aristofane (fine V secolo a. C.) erano complessivamente di circa 2000 talenti(64).

Ricordiamo infine che il tentativo di conciliazione obbligatorio era previsto anche nel VII secolo a.C. per opera di Zaleuco di Locri. C'è infatti, un frammento delle Tavole di Zaleuco con il seguente tenore: "Vietarsi di intraprendere un giudizio fra due se prima non siasi tentata la riconciliazione(65)".

6. Conclusioni.

Ciascuno ha la propria ricetta per risolvere i mali della giustizia civile.

La proposta che apparentemente costa meno è quella di modificare i testi di legge.

Sono più di trenta le modificazioni al codice di procedura civile succedutesi dal 1940 ad oggi, di cui almeno la metà si è registrata negli ultimi anni.

Sono regole introdotte per così dire alla spicciolata, fuori da ogni logica di sistema, con l'assillo di migliorare la situazione, senza soppesarne appieno l'impatto e le conseguenze.

Tale rimedio è stato peggiore del male, vista la confusione che tali riforme hanno generano.

Un'altra risposta è dedicata alla riduzione dei modelli processuali: da trenta a tre.

Un'altra ancora studia di ridurre i tempi del processo riducendone i gradi, le fasi, il testo delle sentenze: un coro di critiche ha accolto la riforma dell'appello e la modificazione dei motivi del ricorso per cassazione introdotte con il d.l. 22.6.2012

n. 38, destinato a fornire misure “per la crescita del Paese”. Un'altra soluzione intende assolvere un ruolo di deterrente punendo i cittadini per gli errori degli avvocati ed aprendo quindi la stura alle cause per errore professionale: accanto alla condanna per lite temeraria si prevedono sanzioni per il mancato tentativo di conciliazione, sanzioni per l'esito negativo della istanza in appello per la sospensione degli effetti della sentenza impugnata, sanzioni per l'eccessiva durata del processo, sanzioni per la declaratoria di inammissibilità del ricorso e così via.

Un'altra linea, infine, tende a scoraggiare l'accesso alla giustizia: in questo quadro si collocano le recenti disposizioni in materia di conciliazione e mi riferisco al d.lgs. n. 28 del 2010.

Non spetta a me dare una soluzione ai mali della giustizia, ma vorrei concludere invocando il ricorso al buon senso comune che deve pervadere l'azione del legislatore, e di tutti gli operatori della giustizia. A tal fine cito un passo tratto dal capitolo XIV del libro “Dei difetti della Giurisprudenza” di Ludovico Antonio Muratori.

“Fecero lega due gatti con promessa di partire ugualmente fra loro tutto quel che andassero rubando.

Avendo ciascuno di loro rubato un pezzo di formaggio, nacque discordia, lamentando ciascun d'essi che il pezzo suo fosse minore dell'altro ed esigendo il supplemento.

Furono vicini a decidere la controversia coll'unghie, ma il più assennato ottenne che si rimettesse l'affare al giudice. (...).

Il giudice, udito il litigio, immediatamente fece portare le bilance e trovò che effettivamente uno dei due dei pezzi di formaggio pesava due once più dell'altro.

Allora il valente giudice, per uguagliar le partite, si attaccò ai denti il pezzo soprabbondante e saporitamente sel masticò.

Ma per disavventura tanto ne portò via che, rimessi i pezzi sulle bilance, il primo eccedente si trovò mancante d'un oncia rispetto all'altro.

E quì il buon giudice, preso l'altro pezzo, parimenti l'afferrò coi denti e ne portò via quanto gli piacque e sel mangiò.

Veduto sì bel gioco i litiganti si guardarono l'un l'altro ed uno di loro, rivolgendosi al Giudice disse: “Messere, se tali son le bilance della giustizia, entrambi noi litiganti avremo infine la sentenza contro. M'è sovvenuto adesso un modo più sicuro d'accordarci insieme. E presi con bella grazia i pezzi rimasti se ne andarono ambedue a mangiarseli in santa pace”.

Note:

(1) Vigoriti V., *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, in *Rassegna Forense*, 2/2011, pag. 319 e segg.

(2) Si veda più diffusamente: Francesca Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008; Francesca Cuomo Ulloa, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011; G. Alpa e R. Danovi (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milano, 2004; T. Galletto, *Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile*, Milano, 2010

(3) “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 cancerate: allora la giustizia prende il suo impero”.

(4) Décret 16=24 AOUT 1790. (Lett.-Pat.) - Décret sur l'organisation Judiciaire (L. t. I, p. 1362; B. t. V, p. 170. Mon. 4, 5, 6, 10, 12, 13, 17 août 1790; rapp. M. Thouret.) In J. B. Duvergier, *Lois, dé-*

rets ordonnances, règlements avis du Conseil-D'État, Tome Premier, A Guyot, Paris, 1834, p. 361 e ss.

(5) L. Scamuzzi, voce *Conciliatore e conciliazione giudiziaria*, in *Digesto Italiano*, vol VIII p. I, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1896, p. 60 e ss.

(6) Cfr. G. L. J. Carré - A. Chauveau, *Leggi della procedura civile di C. J. L. Carré*, cit. p. 70.

(7) Federico II istituì un Baiulo per ogni città o terra demaniale, che riprese le attribuzioni dei difensori delle città ed altre incombenze; non era un giureconsulto, ma veniva assistito da giudici detti Assessori che giudicavano secondo il suo volere e quindi piegavano il diritto all'equità e ai bisogni del tempo.

(8) Cfr. G. L. J. Carré - A. Chauveau, *Leggi della procedura civile di C. J. L. Carré*, cit. p. 70.

(9) È in questi anni che si afferma la coscrizione obbligatoria.

(10) Il codice del 14 aprile 1806 entrò in vigore nel 1807.

(11) P. S. Mancini, G. Pisanelli, A. Scialoja, *Commentario del Codice di Procedura civile per gli Stati sardi*, volume I parte II, Presso l'Amministrazione della Società Editrice, Torino, 1857, p. 111.

(12) Art. 49 lett II Code de Procédure civil. Cfr. l'art. 5 c. 3 decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28.

(13) Art. 49 lett. III Code de Procédure civil.

(14) Art. 49 lett. IV Code de Procédure civil.

(15) Cfr. l'art. 5 c. 3 decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28.

(16) Art. 49 lett. V Code de Procédure civil.

(17) Art. 49 lett. VI Code de Procédure civil.

(18) Cfr. l'art. 5 c. 4 lett. d) decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28.

(19) Al contrario il nostro attuale legislatore privilegia come materia obbligatoria di conciliazione proprio i conflitti multipartite.

(20) Art. 49 lett. VII Code de Procédure civil.

(21) Art. 54 Code de Procédure civil.

(22) Stato sotto il dominio dei Francesi che principalmente le odierne regioni Lombardia ed Emilia-Romagna e marginalmente Veneto e Toscana. Fu costituita il 29 giugno 1797 ed in seguito venne denominata prima Repubblica Italiana (1802-1805) ed infine Regno d'Italia (1805-1814).

(23) R. Veladini, *Raccolta degli ordini ed avvisi stati pubblicati dopo il cessato governo austriaco*, 1798, p. 301 e ss.

(24) La sede contenziosa era riservata agli affari tra le 200 e le 8000 mila lire qualora non riuscisse il tentativo.

(25) Art. 25 atto legislativo 15 corrente Fruttidoro.

(26) *Leggi Relative alla Costituzione della Repubblica Romana*. Roma 10. Germile anno 6 dell'Era Repubblicana. Legge sull'organizzazione dei Tribunali. Titolo primo e secondo. Giustizia civile. Cfr. L. P. SALVIONI, *Collezione di carte pubbliche, proclami, editti ragionamenti ed altre produzioni tendenti a consolidare la rigenerata repubblica Romana*, Tom. I, 1798, An. I Della Repubblica Romana, p. 197 e ss.

(27) Tit. II, art. 20 Legge sull'organizzazione dei Tribunali.

(28) Tit. II, art. 24 Legge sull'organizzazione cit.

(29) Decreto di Napoleone del 15 Mietitore anno 13 (15 luglio 1805).

(30) V. art. 170 decreto di Napoleone cit.

(31) Per l'art. 51 legge 1° giugno 1798, n. 111

(32) Di cui si ricorda qui una costituzione del 1770: «Non potrà da qualunque Magistrato, Prefetto o Giudice farsi ordinanza o decreto, che obblighi le parti litiganti al concordio della causa, e se elleno desidereranno transigere, non potranno eleggere per arbitro o mediatore alcuno di quelli, nel tribunale de' quali si trovasse pendente o potesse ella introdursi». Art. 13 del libro II, titolo I delle RR. CC. del 1770. La disposizione trova un precedente nelle RR. CC. del 1729 (art. 13 libro II, cap. I). V. *Loix et Constitutions de Sa Majesté Le Roi De Sardaigne publiés en 1770*, Tome premier, Paris, Le Jay Libraire, 1771.

Ancora oggi peraltro il COA di Cagliari ha scelto a seguito di un vivace dibattito interno di non fondare un proprio organismo di mediazione civile e commerciale e dunque di consolidare una tradizione contraria all'istituto.

(33) Cfr. in merito L. Vigna - V. Aliberti, *Della condizione attuale degli Ebrei in Piemonte*, Tipografia Favale, Torino, 1848, p. 120 e ss. Il tentativo in questione peraltro fu ribadito da Sua Maestà anche dalla Regie Patenti nel 1836, ma ciò non toglie che rimanesse indigesto.

Si tratta probabilmente dell'antenato del tentativo di conciliazione

obbligatorio che troviamo oggi quasi in tutta Europa in materia di locazione ed affitto. Regie patenti 22 marzo 1896

(34) L. Vigna-V. Aliberti, *Della condizione attuale degli ebrei in Piemonte*, Tip. Favale, Torino, 1848, pag. 120 e segg.

(35) A partire dal 1819.

(36) Premesso che 70,84 su 100 cause venivano in Italia emanate dai conciliatori, 32 cause su 100 venivano conciliate, 82 su 100 a Napoli e 91 su 110 in Sicilia per quanto qui la conciliazione preventiva fosse praticamente inesistente. Cfr. L. Scamuzzi, voce *Conciliazione e conciliazione giudiziaria*, op. cit., p. 83 e ss.

(37) Cfr. L. Scamuzzi, voce *Conciliatore e conciliazione giudiziaria*, in *Digesto Italiano*, vol VIII p. I, Unione, Tipografico-Editrice, Torino, 1896, p. 83 e ss.

(38) Gli amichevoli compositori furono detti *disceptatores domestici* a partire da Cicerone (*P. Quintio* c. 5 e ss. e c. 11; *Pro Caecina*, 2; *Pro Caecina*, 8).

Pro Caecina, 2: “*quorum alterum levius est, propterea quod et minus laedit, et persaepe disceptatore domestico dijudicatur; alterum est vehemensissimum, quod et ad graviore res pertinet, et non honorariam operam amici, sed severitatem iudicis ac vim requirit*”. Cfr. G. L. J. Carré - A. Chauveau, *Leggi della procedura civile di C. J. L. Carré*, Terza edizione, Volume 1, Rondinella, Napoli, 1853, p. 72; J. G. Heineccii, *Antiquitatum romanarum jurisprudentiam illustrantium syntagma secundum ordinem Institutionum Justiniani digestum*, Henrici Ludovici Broenneri, Francoforte sul Meno, 1841, p. 648.

«Se un cittadino aveva delle differenze civili, doveva egli sulle prime cercare di terminarle all'amichevole, per *disceptatores domesticos*. Se non vi poteva riuscire citava l'avversario incontrandolo a comparire innanzi al Pretore con una di queste formule “*in jus eamus; in jus ambula;*”...» N. Del Buono, *Lezioni sulle antichità romane*, Da' Torchi della Società Filomatica, Napoli, 1856, p. 22.

(39) V. Orazio, Libro II epistola I.

(40) Il ceto professionale dei giuristi nasce dalla sovversione della tradizione. Cicerone (*Delle leggi*, 2, 29,47) ci racconta che Quinto Mucio, figlio di Publio, afferma di aver udito il padre che non può essere buon pontefice colui che non abbia conoscenza dello *ius civile* (ossia delle giurisprudenza e della prassi giudiziaria). Sino ad allora era la pratica pontificale che fondava lo *ius civile* e non viceversa (v. *amplius* A. Schiavone, *Il giurista*, in *L'uomo romano a cura di Andrea Giardina*, Laterza, 2001, p. 92 e ss.).

(41) In origine con il termine *Praetor* si intendeva qualunque magistrato e quindi anche i consoli che conducevano l'esercito, ma avevano anche la potestà di giudicare (*Praeibat iure et exercitum*; Varrone, *De ling. Lat.* Lib. 4, c. 14 et 16). Tuttavia erano sempre fuori Roma per le campagne militari e allora nel 387 a. C. si istituì in Roma il magistrato che da quel momento in poi mantenne questo nome.

(42) Cod. Iust., Novella 17 e *passim*.

(43) Dig., Lib. 21, *De rebus creditis*.

(44) Orazio, Libro II epistola I.

(45) *Si dum in jus veniunt, de re transactum fuerit inter vocantem et vocatum, ita jus esto*.

(46) Già le XII tavole, infatti, dopo avere sancito la validità della transazione intervenuta per via, precisavano che se non si fosse stipulata transazione, ambedue le parti potevano comparire nel foro o nel comizio per perorare la loro causa, ed il pretore decideva prima di mezzogiorno (“*Ni ita pacunt; in comitio aut in foro, ante meridiem, causam conscito: quum praerorant ambo praesentes*”).

Si fa riferimento a quelle parti del foro che erano destinate all'attività contenziosa; il pretore poteva invece esercitare la giurisdizione volontaria in qualunque luogo.

(47) Luca 12, 58-59.

(48) Il pudore delle matrone esigeva un riguardo, quindi chiamate in giudizio non era lecito metter loro le mani addosso, né potevansi chiamar le donzelle impuberi sotto l'altrui potestà soggette (L. 22, *in princ. D. de in ius vocando*). Con la giurisprudenza si esentava un particolare dall'obbligo di comparire colui che dimorava in casa, cosicché l'attore non poteva citarlo nel suo proprio domicilio, ma doveva attenderlo allorché ne usciva («*Plerique putaverunt*, dice la I. 18. D. de in ius vocando, «*nilum de domo sua in ius vocari licere: quia domus tutissimum cuique refugium alque receptaculum sui: cumque qui a inde in ius vocaret vim inferro videri*»); non si poteva citare un conta-

dino al tempo della vendemmia per non distrarlo dal lavoro dei campi; particolari categorie (donne, magistrati) potevano dare delle garanzie e promettere che sarebbero comparse in giudizio, pena anche una multa: a quel punto era esclusa qualsiasi tipo di costrizione fisica. V. G. Arceri, *Storia del diritto*, volume unico, op. cit. p. 320-21.

(49) V. L. Scamuzzi, voce *Conciliatore e conciliazione giudiziaria* cit. p. 40. “E più tardi prima di disaminare la causa avanti al pretore, si tentava sempre un amichevole accordo tra le parti: *Duae experiundae viae, una summi iuris, altera inter parietes*, Coloro che usavano del primo mezzo, dice il Noodt, usavano del rigore del diritto, e gli altri si mostravano più dolci ed umani: *ita potuit actor dare. Humanitati, nec minus licuit ei aliter agere summo iure* (Tract. De pactis ed transact., cap. I, pag. 399 e 400)” P.S. Mancini, G. Pisanelli, A. Scialoja, Commentario del Codice di Procedura civile per gli Stati sardi, op. cit., p. 109.

(50) Così ci racconta Svetonio nell'opera *De vita Caesarum*. “*Postea Plebs solida columnam prope viginti pedum lapidis numidici in foro stavit, scripsitque: Parenti Patriae: apud eam longo tempore sacrificare, vota suscipere, controversias quasdam, interposito per Caesarem iurejurando, distrahare perseveraverit*” (“Dopo pose in piazza una colonna di porfido, tutta di un pezzo, alta circa venti piedi, e ci scrisse dentro: Al padre della patria. E perseverò lungo tempo nel sacrificare presso di essa, e qui si votava, e giurando ancora sotto il nome di Cesare, si terminarono alcune liti e controversie”).

(51) Sin dalle origini dunque a titolo esecutivo si preferiva il vincolo morale per suggellare un accordo.

(52) L. Scamuzzi, *Manuale teorico-pratico dei Giudici Conciliatori e dei loro Cancellieri ed Uscheri*, III ed., E. Rechiedei & C., 1893, p. 170.

(53) Ne abbiamo notizia stabile nel 365 d.C. appunto con un rescritto di Valente e Valentiniano nel quale si indicano le cause civili che potevano conoscere. V. Cod. Iust., Lib. 5, *De defensoribus civitatum*. Lo stesso titolo era già presente nel Codice Theodosiano, I, 29.

(54) Il cui nome in età imperiale non suonava molto bene, visto che la compressione delle libertà civili era all'ordine del giorno.

(55) *Ut mediatores non nisi de partium consensu testimonium ferant, et de testimonio proxenatarum*. I mediatori non prestano testimonianza se non con il consenso delle parti. Testimonianza dei mediatori.

(56) “*Quoniam vero legem proposuimus in pecuniariis causis nolentes testificari, illos non compellendos testimonium dare, qui ante mediatores facti sunt ipsis, et quidam abutuntur hoc, et testimonio nolunt uti: sancimus, si utraque pars consentiat, quod et mediator eorum fiat testificator (compellantur enim ea, quae ab eo dicuntur) compellere eum etiam nolentem testimonium perhibere: prohibitione, propter quam eum nolentem testificare penitus nostra voluit lex, propter consensum utriusque partis sublata*”.

(57) F. Foramiti, *Corpo del diritto civile*, vol. IV, Tipografia di G. Antonelli, Venezia, 1844, col. 696-698. Anche per noi - seppure la figura non abbia molti punti di contatto con quella romanistica - “*Il mediatore non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità*” (art. 10 c. 2 decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28). Dunque la riservatezza di determinate funzioni era fondamentale anche nei tempi antichi.

(58) Ossia il personaggio che nel dialogo impersona la posizione del grande filosofo.

(59) *Leggi*, 628. Platone, *Le Leggi*, trad. di Franco Ferrari e Silvia Poli, op. cit., p. 91.

(60) Nell'Odissea (Canto VII, v. 70-75) Omero ci rappresenta inoltre la regina Arete, moglie di Alcino, come una nobile di mente e di animo che appiana i contrasti tra coloro che ama.

(61) E. Cantarella, *Diritto greco* cit. p. 175

(62) Il funzionamento della giustizia ci è noto solo per quanto riguarda Atene. Per le altre città greche abbiamo informazioni scarse ed insufficienti. (Cfr. *La Grecia al tempo di Pericle*, op. cit., p. 275.).

(63) Cfr. *La Grecia al tempo di Pericle*, op. cit., p. 279.

(64) C. Cantù, *Appendice alla Storia Universale*, op. cit., p. 135 e ss.

(65) M. De Luca Picione, *Cenni storici sulle ADR*, in *Temì Romana*, Speciale media conciliazione, gennaio-dicembre 2010.

Recensioni

*Memoria, memorie.
Le leggi razziali e gli avvocati italiani.
Uno sguardo in provincia*

A CURA DI DAVID CERRI

ed. Plus, Pisa University Press, Pisa, 2010, pp. 99

Il passato, è un lungo ricordo del passato
Agostino

1. Premessa. - 2. Temi ed autori. - 3. Il ricordo e la memoria. - 4. "Macrostoria" e "microstoria". - 5. "La Difesa della Razza" e il "Manifesto della Razza". - 6. Giustizia? - 7. Addendum. - 8. Un ricordo personale come "frammenti di memoria". La "banalità del bene" in un paese della Langa astigiana. - 9. Corollario. Il "fallimento della parola".

1. Premessa.

L'opera che qui viene recensita e che s'intende per più versi portare all'attenzione del lettore, in quanto ottimo esempio di come si possa fare (macro) Storia e (micro) storie su di un argomento per alcuni lati, e per i giuristi in particolare, non solo "scottante", ma dolorosamente sofferto ed ancora in oggi particolarmente "inquietante", consiste nella raccolta degli atti del convegno su "Le leggi razziali e gli avvocati italiani. Uno sguardo in provincia", che si era tenuto a Pisa, con il patrocinio del locale Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e della Scuola Superiore dell'Avvocatura, nel febbraio 2009, con la partecipazione, tra gli altri, del Presidente del C.N.F., Prof. Guido Alpa, che si era anche fatto espressamente carico di promuovere, attraverso la massima istituzione forense, convegni, pubblicazioni, ricerche ed incontri, al fine di ricordare un tragico momento della storia italiana ed europea e per non dimenticare ciò che (forse) sarebbe più comodo e meno traumatico "lasciare nell'oblio". Il tema, come già detto, estremamente tragico e doloroso e per ciò stesso talvolta "rimosso" dalla memoria personale (anche degli stessi perseguitati) e collettiva, viene esaminato dai vari autori (e non solo e tutti giuristi) sotto due aspetti: l'uno quello della "macrostoria" giuridica e delle istituzioni, che tratta dell'impatto delle leggi razziali sul mondo giuridico e culturale italiano, l'altro quello della "microstoria" che è relativo a casi e situazioni concrete e cioè su come tali leggi vennero ad applicarsi in ambito locale e quali ne furono le conseguenze che vennero a riverberarsi sulle coscienze, sui comportamenti e proprio sulle vite delle persone (e non solo di giuristi), nella situazione localistica, *lato sensu*, pisana, venendo così ad essere un sorta di paradigma pratico della "quotidianità (e della consequenziale banalità) del male".

2. Temi ed autori.

L'opera consta di una parte a carattere introduttivo (dovuta a Renzo Gattegna, Stefano Borsacchi, Rosa Capria, Samuel Zarugh e Clara Wachsberger), ed è, per il resto, in sostanza, divisa

in due "sezioni". La prima a carattere generale presenta i contributi di David Cerri sulla "giustificazione legale" dei provvedimenti limitativi e persecutori nei confronti degli appartenenti alla razza ebraica (Cerri ricorda a proposito, con dolorosa ironia, il dialogo tra Goering e Goebbels sul fatto se fosse, comunque, necessaria una legge per poter cacciare fuori a calci un ebreo da una vettura ferroviaria) in generale e in relazione all'esercizio delle professioni ed, in particolare, con riferimento alla professione di avvocato, nonché di Valerio Di Porto su quelle che si possono chiamare "le leggi della vergogna" in quanto limitative della capacità giuridica e con attenzione allo (poi abrogato) ultimo comma dell'art. 1 del nostro Codice Civile, nonché un sostanzioso contributo di Guido Alpa sulla "necessità della memoria" e sulle lacune, volute più o meno consciamente, negli studi storici riguardanti le leggi razziali; la seconda parte concerne l'applicazione pratica di tale normativa in ambito particolare e localistico ed è basata sui contributi sempre di David Cerri su "quell'estate particolare" dell'anno di grazia 1939 e di Michele Luzzati, Tommaso Fanfani e Lorenzo Gremigni Francini, relativi, rispettivamente, alle vicende degli ebrei di Pisa sotto le leggi razziali (a Pisa esisteva una fiorente comunità ebraica), sull'applicazione delle leggi razziali nell'Università pisana e sugli avvocati ebrei a Pisa, al tempo di tali leggi, e tracciandosi, quindi, una sorta di abbozzo di "microstoria locale" sugli effetti della persecuzione antiebraica.

3. Il ricordo e la memoria.

La citazione in epigrafe si riferisce, ovviamente, ai temi del convegno ed è esplicitamente un invito a non dimenticare ciò che, anche se penoso, non deve rimanere "oscurato". Viene spontanea qui la citazione da *Arcipelago Gulag*: "Si cavi un occhio a chi rinvanga il passato; e due a chi lo dimentica". Il volume, sotto questo aspetto, è prezioso, perché si può dire che il *leit motiv* del ricordo viene trattato e svolto da tutti gli autori e nei vari temi trattati, in maniera certamente non "neutra", perché non può essere "neutro" ciò che comporta il ripensare o il far riemergere sofferenza e dolore, ma per così dire *sine ira ac studio*, sotto la *cartina di tornasole* dello studio dello storico e ciò anche quando si ricorda l'operato di persone come il ministro Guido Buffarini Guidi (tra l'altro, pisano) e dell'avvocato Mario Chicca (vedi la relazione di Gremigni Francini), attivo persecutore di ebrei e nel dopoguerra, addirittura, "non epurato". Sembra quasi che gli autori abbiano voluto presentarci una sorta di "ricordo meditato" e con una esplicitazione di storie personali, anche nel negativo, ma che però in qualche modo fanno o hanno fatto, pur sempre, parte di una storia, "macro" o "micro", per molti aspetti angosciante e penosa, in cui sono balzati fuori, talvolta, anche tratti di eroismo, di umanità e, purtroppo poche volte, di resistenza attiva o passiva a delle leggi sentite come ingiuste dalla maggioranza degli italiani e anche da parte di alcuni avvocati, pur se con atteggiamenti ambigui o di mera fronda, con poche e rimarchevoli eccezioni come quella ricordata da Valerio Di Porto dell'avvocato Ernesto Orrei; e sempre con riguardo agli avvocati non si devono dimenticare le dure critiche al comportamento degli ordini professionali dell'epoca che ha svolto nel dopoguerra Guido

Fubini, anch'egli citato da Di Porto.

4. "Macrostoria" e "microstoria".

Il volume è una sorta di utile introduzione (e sotto questo aspetto presenta le caratteristiche di *work in progress*) allo studio sulle reciproche interferenze ed influenze tra la macrostoria (norme, istituzioni ed apparati) e la microstoria anche su aspetti parziali, ma mai da dimenticare e che assurgono a dignità storica quando si fa un discorso sulla memoria e sulla necessità di "far rivivere" la memoria stessa attraverso l'uso dei ricordi personali, che sono come una sorta di microcosmo in rapporto al macrocosmo delle istituzioni. Se ve ne fosse bisogno il libro ci offre una ulteriore dimostrazione di come il diritto non è mai qualcosa di astratto ma si fa spesso, purtroppo, "lacrime e sangue" e diventa talora, anche al di là dell'intenzione del legislatore (non crediamo infatti che i giuristi dell'epoca fossero influenzati in maniera assolutamente totalizzante da ideologie antisemite, come ad esempio accadeva in Germania), motivo di "sofferenza" proprio in concreto, come nel caso delle leggi razziali, che sono state fonte e causa di sciagura e pena per un importante gruppo di persone e con ricadute spesso dolorose, contraddittorie e drammatiche proprio e viepiù su alcuni ebrei italiani che si sentivano profondamente italiani e solo di religione ebraica e che, talvolta, prima delle leggi razziali, avevano visto il fascismo addirittura con simpatia, come momento di ordine, di coesione e di comunanza nazionale. Ma questa è un'altra storia e che avrebbe bisogno di apporti di memorie proprio dagli interessati; solo per fare un esempio si cita qui, per quanto riguarda la situazione degli ebrei in Germania, il caso del filologo tedesco Victor Klemperer che ci ha lasciato un tormentoso e tormentato diario delle sue esperienze di ebreo tedesco, ammiratore della cultura tedesca, tradito e deluso dalle leggi di Norimberga e dal *vuoto assoluto* che quotidianamente veniva posto in essere attorno alla sua persona.

5. "La Difesa della Razza" e il "Manifesto della Razza".

Nel volume (vedi le relazioni Alpa, Luzzati, Di Porto e Fanfani) si fa riferimento, diretto o indiretto, alla rivista "La Difesa della Razza" e al così detto "Manifesto della Razza". La rivista "La Difesa della Razza" costituì una *summa* del pensiero antisemita italiano e dello studio della "questione ebraica" verso la fine degli anni 30, in Italia; vi collaborarono esponenti della *intelligenza* italiana dell'epoca e quel che più spiace, ma bisogna pur dirlo, alcuni illustri giuristi, che neppure, una volta rifattasi una "verginità" democratica e morale, ebbero occasione per dare qualche giustificazione al riguardo, quasi che l'essere un provvedimento stato "dato a San Rossore" (luogo della firma di alcuni atti normativi da parte del Re), impedisse ad un giurista ogni valutazione in merito, se non quella di farsi non richiesto e addirittura *sua sponte* turiferario di tale, per molti versi odiosa, legislazione. Accanto a questa rivista bisogna menzionare anche il così detto "Manifesto della Razza", firmato da intellettuali italiani che diedero il loro espresso consenso alle leggi razziali; anche gli insigni giuristi collaboratori della rivista su ricordata furono anch'essi firmatari del manifesto. Ci si stupisce di vedere come questi giuristi, di cui per carità di patria giuridica, si omette qui il nome, abbiano potuto accettare senza spirito critico e senza (parrebbe) alcuna remora interiore o esteriore, le leggi razziali, anche se nel testo si ricorda l'eccezione di un giurista minore, *rara avis* per l'epoca, e ci si domanda se quel famoso (ed infamato) "dato a San Rossore", abbia "ingabbiato" anche autorevoli giuristi ad una semplice esegesi delle norme senza alcun spirito critico, in ossequio prono ad un dato normativo che stravolgeva tutta una impostazione del nostro diritto fino ad

allora vigente e con riguardo, in particolare, allo stato e capacità delle persone. Nel volume si ricorda *incidenter* come il capo fila dei firmatari del "Manifesto della Razza" sia stato il filosofo Giovanni Gentile, attivo proprio nell'Università di Pisa e che, con un *modus operandi* tutto italiano, venne a giustificare da un punto di vista filosofico e politico l'ingiustificabile, e che, invero, a livello personale si era adoperato, in qualche modo, per l'aiuto a suoi colleghi ebrei.

6. Giustizia?

Purtroppo uno degli stereotipi dell'antisemitismo italiano, pur se più blando rispetto a quello tedesco o ai contemporanei efferati antisemitismi rumeni, croati od ungheresi, è sempre stato quello del popolo ebraico inteso e visto come popolo senza radici e, in parte, nel tradizionalismo cattolico più vieto, come popolo "deicida". A tale stereotipo non sono purtroppo sfuggiti insigni e meno insigni giuristi ed avvocati piccoli o grandi, ed il volume ce ne dà alcuni esempi e ci dà anche esempi, magari rari, di comportamenti, all'inverso, positivi e coraggiosi. Se un insegnamento se ne può trarre è che i giuristi, in genere, come *meri esegeti della parola*, sono più di altri soggetti a quelle che sono le esigenze contingenti e magari sciagurate del Potere; se ciò sia un vezzo tutto e solo italiano, è ancora da vedersi. Quello che è certo è che la mancata affermazione dei propositi innovativi del "Vento del Nord" e la mancata epurazione e quindi la mancata "messa a nuovo" del nostro paese, ha *impedito* finora a che il ricordo diventasse cosa naturale e spontanea e servisse a non dimenticare che i giuristi e *in primis* gli avvocati non sono meri servi della parola del Potere, ma che sono invece i soggetti che possono, proprio come difensori dei diritti e dei cittadini, meglio opporsi al Potere stesso, anche a quello più brutale o totalizzante. Se ciò poi sia derivato dalla sciagurata "amnistia Togliatti", magari dovuta ad intenti soggettivi commendevoli e condivisibili e cioè per non voler costruire una nazione "nuova" basata su cittadini di diversa qualità, questo, caso mai, è argomento di macrostoria; certo è che la fagocitazione dello Stato italiano nell'ambito di quello che possiamo chiamare "Occidente", ha impedito fino ad ora una riflessione dolorosa e consapevole, ma compiuta, al riguardo di temi quali quelli oggetto del volume qui recensito. Se non altro il convegno di Pisa ha dato e darà punti di riflessione a chi non voglia accettare una valutazione acritica e incompleta della nostra Storia (e delle nostre storie), e delle nostre istituzioni.

7. Addendum.

Chi scrive ritiene che una recensione di un volume, di grande importanza, interesse e anche attualità, quale quello qui presentato, anche se di modeste dimensioni, ma di valore inversamente proporzionale alla sua brevità, meriti qualche approfondimento e riflessione personale, se non vuole essere un mero risvolto di copertina; a tal fine l'odierno recensore si permette di aggiungere un ricordo personale e una sorta di "corollario" sul "fallimento della parola" del diritto.

8. Un ricordo personale come "frammenti di memoria". La "banalità del bene" in un paese della Langa astigiana.

Chi scrive ritiene qui di ricordare un esempio di microstoria sulla "banalità e quotidianità del bene" e di cui è a personale conoscenza, occorso proprio nel periodo più buio ed atroce delle leggi razziali in un piccolissimo paese della Langa astigiana, quasi sconosciuto e noto solo ai pochissimi studiosi della materia per aver dato i natali all'autore di un monumentale trattato medioevale sul gioco degli scacchi, notissimo

all'epoca in tutta l'Europa. Quando molti anni fa ero studente all'Università di Genova venni interrogato all'esame di diritto civile dal compianto Professor Vittorio Tedeschi, ricordato anche nell'intervento di Guido Alpa. Prima dell'interrogazione il Professore, come in allora era in uso, volle vedere il mio libretto e mi disse che conosceva il mio paese perché lui e la sua famiglia durante la seconda guerra mondiale erano stati ospitati da due famiglie del posto e mi disse, se vedevo qualcuno di loro, di salutarlo da parte sua e che ne aveva sempre un grato e particolare ricordo. Devo dire che l'interrogazione si trasformò, nonostante le premesse, in un sostanziale interrogatorio che evidenziò tutte le lacune civilistiche di chi scrive ma, comunque, l'esame non andò poi così male. Quando ebbi occasione di vedere uno dei componenti delle famiglie ricordate dal Professore, gli portai i saluti dello stesso; mi venne risposto che conservavano un ricordo profondo del Professore e dei suoi famigliari e che avevano ospitato gli stessi in situazione certamente estremamente difficile e che li avevano tenuti nascosti in quanto ebrei e ricercati dalla polizia della Repubblica Sociale Italiana e dai tedeschi. Lì per lì non feci molto caso a quanto mi venne detto in quanto, nato dopo tali eventi, mi pareva trattarsi di cose di un lontano passato e prive per me di interesse; solo molti anni dopo in occasione di una breve cerimonia che si riferiva al conferimento ai membri delle due famiglie della onorificenza ebraica di "Giusti tra le Nazioni", ebbi a ripensare e questa volta in maniera approfondita e partecipante alla cosa. Queste famiglie avevano ospitato e nascosto, con loro grandissimo rischio e pericolo, delle persone la cui stessa permanenza nelle loro case le espose a possibili gravissime conseguenze e, comunque, a rappresaglie o deportazioni e solo *ex post* riuscii ad immaginare la terribile angoscia quotidiana, la opprimente e soffocante ansietà ed il continuo pericolo che quei miei compaesani, ad ogni momento, e bastava una indicazione di qualche vicino di casa o un fortuito rastrellamento, correvano e che avevano corso nel convincimento di fare "cosa giusta", pur con così grande (e che ben pochi avrebbero corso), obiettivo *rischio personale*. Dovrei anche dire che si trattava di famiglie contadine che, a quanto ne so, non avevano particolare simpatia per il fascismo e la sua ideologia, ma neppure ne erano avversari attivi. Avevano allora corso un rischio, ora difficilmente immaginabile, semplicemente, forse, per ritenere di compiere un proprio dovere morale e le cose che mi erano state dette a suo tempo, mi erano state dette, infatti, con la maggior *naturalità* possibile e quasi come si trattasse di cosa di non particolare importanza. Chi scrive si è permesso di ricordare questo "fatto di microstoria" proprio perché ritiene che questo episodio, assieme probabilmente a molti altri non noti, sia, comunque, un indice di inconscia o conscia volontà di alcune categorie di persone di non voler sottostare all'arbitrio e alla discriminazione e ciò, in definitiva, fa ben sperare che il ricordo e la memoria possono avere una loro utilità anche per il futuro e non essere solo *cose* da conservarsi in una teca o un argomento per considerazioni tutto sommato prive di effetto concreto e solo accademicamente moralizzanti. Che se poi i miei compaesani hanno compiuto un atto di coraggio per la naturale ed istintiva, del mondo contadino, ritrosia e diffidenza nei confronti degli organi ed istituzioni dello Stato o, comunque, nei confronti di "organi del Potere" o per motivi di simpatia per gli oppressi e i perseguitati, questo è qualcosa che nulla toglie al valore della "*testimianza personale*" di chi si è consciamente "esposto al rischio della scelta". Sia detto, infine, in onore di tutti i miei compaesani: nonostante che la presenza di famiglie ebraiche in paese fosse più o meno nota, non vi fu né una delazione, né una spiata, né una

denuncia, anche se in quel tempo ciò avrebbe probabilmente fruttato vantaggi economici non disprezzabili; ma ciò è (forse) solo un esempio ed un aspetto della "quotidiana (e per ciò stesso invisibile) banalità del bene".

9. Corollario.

Il "fallimento della parola".

I giuristi, proprio nella quotidianità di una legge che in maniera ignominiosa privava una categoria di persone addirittura della capacità giuridica, come hanno assolto il loro compito di difensori dei diritti? Guido Alpa nel suo intervento ha parlato di "*fallimento della parola*" forse con riferimento al titolo di un fortunato saggio sui giuristi della Francia di Vichy. Il discorso si può fare, ovviamente, anche per i giuristi italiani e con riferimento alle leggi razziali e in particolare alle leggi limitative per le professioni, tra cui quella di avvocato, nei confronti degli ebrei. Se un insegnamento si può trarre da questo "fallimento" è quello che il giurista, piccolo o grande, non può e non deve essere un mero interprete di "leggi innaturali" e ciò a maggior ragione in quanto proprio i giuristi dovrebbero essere i difensori della "parola giusta" o della "parola di giustizia", il che poi è la stessa cosa. Piuttosto anche in oggi quando sotto la spinta di situazioni eccezionali, ad esempio in materia di immigrazione e di sicurezza, si vedono richiedere sempre con più insistenza leggi eccezionali, discriminatorie e limitative e da poche parti si sentono voci di protesta, siamo proprio sicuri che il "*fallimento della parola*" non sia un argomento sempre ed ancora in oggi di attualità?

Ora, quello che si può evincere dal volume è che in Italia mancava all'epoca delle leggi razziali una radicata mentalità e una fondata e risalente nel tempo ideologia di tipo razzistico e in particolare, antisemita, a differenza di quanto accadeva in Germania, Austria e nella vicina Francia. Parrebbe, quindi, che in Italia le ideologie razziste e le razziali leggi antiebraiche fossero dovute, sostanzialmente, a una mera volontà del dittatore, quasi ad omologarsi alle ideologie del più potente amico e sodale che allora deteneva il potere in Germania. Mancava quindi un fondamento ideologico (e mi scuso per l'ossimoro), forse con l'unica eccezione dei lavori di Julius Evola, su cui basarsi. Le leggi razziali e la formulazione dell'ultimo comma dell'art. 1 del Codice Civile, nascevano dal nulla e si fondavano, pertanto, sulla sabbia. Quel che qui stupisce è che, salvo sotto forma di fronda, il modo dei giuristi non abbia avuto ad eccepire alcunché sulla legittimità della normativa razziale; opportunamente Di Porto ricorda il solo dissonante "urlo del silenzio" dell'avvocato Ernesto Orrei nel suo lavoro "Intorno alla questione ebraica. Lineamenti di dottrina": "la esclusione degli ebrei dalla scuola e dalle biblioteche è quello che tocca più da vicino il fondo umano della società civile". Ci si può domandare, quindi, perché il mondo dei giuristi non abbia ritenuto di prendere un'aperta posizione, quale quella presa da uno studioso neppure troppo famoso e scarsamente conosciuto. Toccano, invero, il nocciolo della questione i saggi dei già citati Di Porto e Luzzati: si esaminano, infatti, in tali interventi gli aspetti degli stereotipi sociali per quanto riguarda la "percezione" dell'asserito diverso, proprio nell'immaginario giuridico e sociale.

Ci si chiede, allora, in merito alle richieste ed istanze avanzate da più parti per norme che, sotto il pretesto della sicurezza, portano però ad esclusioni e limitazioni, se il pericolo di ri-emersione di sotterranee sciagurate ideologie non sia sempre attuale e se quello è per gli altri "il felice dono dell'oblio" non sia, invece, per noi giuristi una *sciagurata e colpevole* iattura.

Roberto Negro

Sezione famiglia e minori

Sentenze e Ordinanze

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

MINORI - figli di genitori non coniugati - affidamento condiviso - parziale mantenimento diretto - Art. 709 ter c.p.c.- condanna al pagamento di sanzione pecuniaria - presupposti - Art. 614 bis c.p.c. - attuazione degli obblighi di fare infungibile - condanna anticipata al pagamento di somme a carico dell'obligato per violazioni e ritardi - presupposti - manifesta iniquità.

Non osta all'affidamento condiviso la circostanza che la madre abbia condotto con sé la figlia in uno Stato estero, suo paese d'origine, contro il parere del padre che aveva ritirato l'assenso precedentemente accordato, e che a sua volta il padre abbia senza assenso della madre trasferito nuovamente la bambina presso di sé in Italia, se i genitori sono entrambi adeguati nel rapporto con la figlia, e può presumersi che daranno esecuzione di buona fede al provvedimento regolativo dell'affidamento.

In caso di lunghi periodi di soggiorno del minore presso il genitore con cui non risiede, può risultare appropriato il parziale mantenimento diretto.

La presentazione di denuncia per sottrazione di minore e l'attivazione di procedure internazionali per il rintraccio del figlio non integrano i presupposti per l'applicazione delle misure sanzionatorie previste dall'art. 709 ter c.p.c.

Non può disporsi, per manifesta iniquità, la condanna di un solo genitore al pagamento anticipato di somme per violazioni, inosservanze e ritardi nell'adempimento di obblighi di fare infungibile ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c., qualora il provvedimento regolativo dell'affidamento imponga obblighi reciproci, il genitore non abbia violato alcun provvedimento dell'autorità, abbia tenuto un comportamento di buona fede e non vi siano elementi probatori indicanti che per il futuro non darà esecuzione in buona fede al provvedimento.

(... Omissis...) **Rilevato:**

- che la minore (AA) è figlia di genitori non coniugati;
- che i genitori, con ricorso congiunto depositato il 18.4.2012, chiedevano al Tribunale di regolare l'affidamento della loro figlia in modo condiviso, con residenza presso la madre; i genitori erano d'accordo sul fatto che la madre si trasferisse con la bambina in Polonia, suo paese d'origine, dove la madre, con l'aiuto dei propri genitori, avrebbe più facilmente potuto reperire un lavoro ed una casa; le clausole dell'accordo regolavano in modo puntuale e ampio le visite paterne (in Polonia, per sette giorni consecutivi ogni quaranta giorni; in Italia, con accompagnamento a carico della madre, per sette giorni consecutivi ogni quattro mesi circa); e stabilivano la possibilità del padre di condurre con sé la figlia ovunque avesse voluto, durante i giorni di sua spettanza, previa comunicazione degli indirizzi; l'accordo disponeva un ampio regime di visita paterna anche per i periodi di vacanza natalizia, pasquale ed estiva; il padre si impegnava a corrispondere alla madre l'importo di 350 euro mensili rivalutabili, più una quota forfettaria di 150 euro mensili a titolo di concorso alle spese straordinarie, comprensive della quota di iscrizione e frequenza all'asilo, spese mediche, sportive, scolastiche;

- che all'udienza del 24.5.2012, tuttavia, il padre non confermava l'assenso agli accordi in precedenza raggiunti: il padre chiedeva la riduzione del contributo economico a suo carico (proponendo un assegno onnicomprensivo di 400 euro mensili) in modo da poter avere più mezzi economici per trascorrere più tempo o periodi di tempo più lunghi con la figlia in Polonia o in Italia presso i parenti di N. (città dove risiedono sia i nonni paterni sia i prozii materni); chiedeva che fino al provvedimento del Tribunale la bambina non si allontanasse dall'Italia;

- che la madre si opponeva alle richieste formulate in udienza dal padre e chiedeva che il Tribunale deliberasse un provvedimento conforme agli accordi a suo tempo sottoscritti dai genitori; affermava che il padre avesse, oltre al reddito documentato (circa 30.800 euro annui lordi, CUD 2012 relativo ai redditi 2011), anche un reddito aggiuntivo derivante da traduzioni via Internet (circostanza questa contestata dal padre); e insisteva per poter partire il giorno 26.5.2012 per la Polonia con la bambina, come in precedenza già concordato con il padre, poiché aveva già comprato i biglietti aerei ed organizzato la partenza;

- che gli atti venivano trasmessi al Pubblico Ministero per il parere;

- che la madre partiva il 26.5.2012 per la Polonia, conducendo con sé la figlia; il padre si recava in Polonia a trovare la figlia dal 22 al 26.6.2012;

- che il 2.8.2012 il padre querelava la madre per sottrazione di minore (denuncia-querela ai CC Genova San Martino); che il padre andava nuovamente a trovare la figlia in Polonia il 25.8.2012, e la madre gli consegnava la bambina per i pernottamenti; che il 27.8.2012 il padre trasferiva la bambina in Italia, senza l'accordo della madre e senza dare indicazioni alla madre di dove si sarebbe recato;

- che la madre denunciava, sia in Polonia che in Italia, la sottrazione della minore;

- che, su istanza del difensore della madre, veniva fissata nuova udienza il 13.9.2012;

- che in vista dell'udienza il padre si costituiva con nuovo difensore, e nella comparsa 13.9.2012 chiedeva l'affidamento esclusivo a sé (il padre prospettava che la nonna paterna a tempo indeterminato si sarebbe trasferita a Genova a casa sua per prendersi cura della bambina), con regime di visita per la madre solo in Italia; chiedeva inoltre il ritiro del passaporto della minore;

- che chiedeva la condanna della madre a pagare una sanzione di euro 5.000 ai sensi dell'art. 709 ter c.p.c. per avere la madre avviato procedure internazionali "solo per ottenere il soddisfacimento delle proprie illegittime pretese pur sapendo che la minore era in una situazione di totale sicurezza";

- e chiedeva che venisse prevista ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c. la sanzione di 50 euro o altra per ogni giorno di ritardo o mancata corretta esecuzione del provvedimento che il Tribunale avrebbe emanato;

- che le parti venivano nuovamente ed ampiamente ascoltate nell'udienza del 13.9.2012;

Visto il parere del Pubblico Ministero 20.9.2012;**ritenuto:**

- che - nelle sue linee fondamentali - debba essere considerato corrispondente all'interesse della minore l'assetto dell'affidamento proposto dal Pubblico Ministero (affido condiviso, collocazione della bambina presso la madre, ampio regime di visita sia in Italia che in Polonia per il padre, congruo contributo al mantenimento per i mesi in cui la minore sarà presso la madre e mantenimento diretto per i periodi in cui la piccola si troverà presso il padre);

che infatti:

- la bambina, in età tenerissima, ha sempre vissuto con la madre, la quale se ne occupa adeguatamente e responsabilmente;

- le contrarie deduzioni del padre nella comparsa di costituzione 13.9.2012 e all'udienza 13.9.2012 sono riferite a circostanze non particolarmente rilevanti o significative (molte delle quali correlate ai contrasti fra genitori che naturalmente si producono in situazioni di recente separazione); la madre, richiesta di descrivere lo stile di vita della bambina, ha descritto un regime di vita del tutto normale ed adeguato; alcune lamentele del padre poi sono assolutamente infondate (ad es. il fatto che la madre faccia iniziare la cena della bambina con un uovo "rompendole l'appetito" non è assolutamente indice di inadeguatezza genitoriale, è semplicemente una abitudine alimentare come un'altra, essendo l'uovo un alimento sano e ricco di valori nutritivi; e il fatto che in occasione del pomeriggio trascorso in piscina con il padre la madre abbia dato per merenda alla bambina le patatine con il ketchup non appare indice né di trascuratezza, né di incapacità genitoriale);

- la strumentalità e complessiva infondatezza di tali doglianze è confermata inoltre dal fatto che il padre stesso, nel ricorso congiunto 18.4.2012, aveva ritenuto non pregiudizievole per la bambina e confacente alle sue esigenze la collocazione in Polonia presso la madre; e che anche all'udienza del 24.5.2012 il padre non aveva espresso, neppure larvatamente, alcun dubbio circa la non adeguatezza materna, ma solo la propria contrarietà all'entità del contributo economico su cui precedentemente aveva concordato e al regime di visita: infatti il padre nell'udienza 24.5.2012 lamentava solo che -pagando il contributo previsto dall'accordo- non avrebbe avuto sufficienti mezzi per visitare la figlia in Polonia con la frequenza prevista nell'accordo stesso; che solo questo fosse il problema lamentato è anche evidente dalla lettera che il padre aveva depositato all'udienza (*"chiedo quindi che accanto alla legittima volontà della Sig.ra BB di fare ritorno nel suo Paese d'origine, si tenga conto delle ricadute psicologiche ed economiche che questo tipo di scelta impone a me e a mia figlia per mantenere un contatto costante effettivo e non solo teorico. In conclusione, chiedo quindi, lasciando immutata ogni altra pattuizione, di rivedere il calendario di visite diminuendone la frequenza ma aumentandone la durata e altresì di ridurre a 300 euro la cifra fissata per il mantenimento di AA per potermi dare la possibilità di trascorrere con mia figlia ed in Italia 2-3 settimane ogni 2-3 mesi fino a che AA rimane in età prescolare"*);

- le dichiarazioni rese all'udienza 13.9.2012 dalla madre, che hanno trovato riscontro in quelle paterne a proposito delle modalità con cui la madre e il padre hanno gestito gli incontri padre-figlia nel giugno e nell'agosto 2012, e il passaggio ai pernottamenti, dimostrano la responsabilità e maturità della madre nella gestione della figlia, e la comprensione della madre circa le necessità e tempi della bambina; e dimostrano

inoltre la non contrarietà della madre a consentire ed anzi a favorire i rapporti con il padre;

- il padre a sua volta, fatta eccezione per gli aspetti che si diranno successivamente, appare in grado di occuparsi responsabilmente, anche con l'aiuto della propria madre, della propria figlia, verso cui manifesta attenzione ed interessamento;

ritenuto:

- che la madre ha riferito di aver ricevuto dal giudice onorario che tenne l'udienza del 24.5.2012 l'autorizzazione verbale a partire per la Polonia; che tale assunto è stato confermato anche dal difensore della madre (istanza 7.9.2012); la circostanza è al contrario smentita dal padre (il padre, nella sua comparsa 13.9.2012, fa però presente che il giudice onorario aveva affermato "la necessità per la minore di trascorrere alcuni giorni in Polonia presso i parenti materni");

- che di tale "autorizzazione" non vi è traccia nel verbale; che questa "autorizzazione" sarebbe stata comunque priva di valore formale, atteso che -a differenza del Presidente del Tribunale ordinario nelle cause di separazione fra coniugi- il giudice minorile che svolge l'udienza non ha poteri autoritativi, i quali spettano al collegio; che non è stato possibile ricostruire il tenore dell'eventuale scambio di opinioni avvenuto alla fine dell'udienza, per valutare sotto questo aspetto il comportamento della madre;

- che peraltro la partenza della madre con la bambina per la Polonia era stata preannunciata al padre ed organizzata da tempo, era oggetto di specifico accordo con il padre esposto nel ricorso congiunto, e non era stata contrastata dal padre neppure all'udienza del 24.5.2012 (il padre si opponeva solo in via temporanea, fino a che non fossero stati decisi dal Tribunale il regime di visita e l'entità del contributo economico); perciò non appare integrare la volontà materna di sottrarre la bambina al rapporto con il padre;

- che anzi, le modalità di visita paterna in Polonia nel giugno e poi nell'agosto 2012 dimostrano la buona fede della madre (ella infatti ha predisposto un progressivo contatto della figlia con il padre, ed ha consegnato la bambina al padre per più pernottamenti, dimostrando fiducia nelle capacità paterne di accudire la figlia, e fiducia nel fatto che il padre mantenesse le intese con lei provvisoriamente raggiunte per gli incontri, riconsegnandole la figlia quando previsto);

- che d'altro canto il padre, avendo ritirato -a sorpresa- il suo consenso all'accordo un giorno prima dell'udienza 24.5.2012, non aveva a sua volta alcun titolo formale per esigere di condurre per venti giorni la figlia con sé in Italia (come invece era originariamente previsto dall'accordo e come il padre aveva richiesto alla madre di fare);

- che l'azione paterna di allontanare una bambina di due anni dalla madre con cui era sempre vissuta, per un lungo periodo, di nascosto dalla madre e senza alcuna preparazione da parte della madre stessa, dimostra una singolare mancanza di comprensione delle dinamiche psicologiche della figlia, e una centratura più sui propri bisogni e gratificazioni che su quelli della minore;

- che tale mancanza di comprensione è apparsa perdurante anche all'udienza del 13.9.2012;

ritenuto comunque:

- che non sussistono i presupposti per discostarsi dal regime di affidamento condiviso, indicato come preferibile dalla legge, e a suo tempo concordato fra i genitori;

- che per i motivi sopra indicati deve preferirsi la collocazione della bambina presso la madre, mentre deve darsi una regolazione ampia dei rapporti con il padre, prevedendo una

fase transitoria, e un regime definitivo, come indicati in dispositivo, al fine di permettere l'inserimento di AA nella vita familiare e scolastica in Polonia (entrambi i genitori prevedevano l'inserimento all'asilo) e successivamente il dispiegamento di rapporti ampi e continuativi con il padre e i parenti paterni (rapporti in parte facilitati dal fatto che tanto i nonni paterni quanto i prozii materni vivono a Napoli); i periodi di visita saranno tre, della durata di un mese, e concomitanti con il periodo estivo, con il periodo delle vacanze natalizie, e con il periodo primaverile/pasquale;

- che il regime definitivo di visita, dovendo bilanciare diverse esigenze (evitare trasferimenti troppo frequenti su lunghe distanze, assicurare alla bambina ampia permanenza con il padre, evitare costi non sopportabili dai genitori) prevede necessariamente distacchi dalla madre per tempi cospicui, che potrebbero causare aspetti di difficoltà o sofferenza in una bambina ancora così piccola (bilanciati dal vantaggio di stare con il padre e i parenti paterni); è perciò largamente auspicabile che i genitori concorrano a rassicurare la figlia favorendo la serenità e certezza degli accompagnamenti e riaccompagnamenti, il frequente contatto telefonico e visivo, la possibilità di visite di un genitore durante la permanenza presso l'altro;

- che per stabilire il contributo paterno al mantenimento si devono valutare le rispettive situazioni economiche e reddituali; che quella paterna è indubbiamente più florida e stabile di quella materna (la madre al momento non lavora, e dovrà trovare lavoro in Polonia); che il padre, nell'originario ricorso congiunto, concordava di versare 500 euro mensili onnicomprensivi, e che nell'udienza 24.5.2012 proponeva di versare 400 euro onnicomprensivi per dodici mensilità (sicché deve ritenersi che lo stesso padre ha valutato di poter sostenere per la figlia quantomeno l'onere di 4.800 euro annue, escluse le spese di viaggio);

- che pertanto può disporsi il mantenimento diretto a carico del padre nei tempi in cui la figlia si troverà presso di lui; per i tempi che la bambina trascorrerà presso la madre, il contributo del padre viene stabilito in 400 euro mensili onnicomprensivi (cioè comprensivi anche della quota per la retta dell'asilo, per le spese mediche non coperte dal servizio sanitario nazionale di riferimento, per le spese di attività sportive o ricreative, per le spese scolastiche, per i libri di testo, frequenza a corsi di studio e gite scolastiche e simili);

- che pertanto l'importo a carico del padre sarà di almeno nove mensilità (3.600 euro annui, a cui si aggiungerà la rivalutazione secondo gli indici Istat), a cui si aggiungeranno eventuali mensilità se il padre non terrà con sé la figlia per uno o più dei periodi di visita mensili previsti;

- che si tratta, all'evidenza, di un impegno economico decisamente inferiore a quello proposto dal padre all'udienza del 24.5.2012;

- che la riduzione rispetto a quell'importo tiene ulteriormente conto del mantenimento diretto previsto per i periodi di lungo soggiorno, e degli oneri relativi ai viaggi da e per la Polonia, che si ritiene opportuno disporre siano sostenuti dal padre; in tal modo il padre effettuerà le sue scelte e sosterrà le spese relative per sé e per la figlia senza necessità di raggiungere specifici accordi con la madre;

- che la disciplina delle visite e del contributo al mantenimento nel periodo transitorio è rivolta a favorire l'adattamento di tutti alla nuova situazione di vita, e in particolare, anche in relazione all'età della bambina, l'adattamento della piccola AA alle modalità di rapporto con la madre e con il padre, e ai distacchi dall'uno e dall'altro genitore;

- che il regime dovrà poi nuovamente mutare, quando AA

inizierà a frequentare la scuola, secondo le linee indicate nel dispositivo, ed ispirate alle medesime necessità; a decorrere dal mese di inizio della scuola elementare, in ragione delle modificazioni del regime di visita e delle incrementate esigenze della minore con il progredire dell'età, si dispone anche una variazione in aumento del contributo economico paterno;

ritenuto:

che per mancanza dei presupposti, debba essere respinta la domanda di "punizione" della madre mediante condanna al pagamento di sanzioni previste dall'art. 709 ter c.p.c., proposta dal padre con la comparsa 13.9.2012:

- il presupposto di tale condanna è infatti che vi siano da parte di un genitore "gravi inadempienze" o "atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento" (art. 709 ter c.p.c.);

- tale non è la denuncia di sottrazione di minore presentata dalla madre in Polonia il 30.8.2012, che non rientra in nessuno dei presupposti previsti, e non vi rientrerebbe neppure se si fosse trattato di denuncia infondata;

ritenuto:

- che la madre, oltretutto, ha del tutto legittimamente denunciato la sottrazione della minore: va ricordato che, fino al deposito della comparsa 13.9.2012, mai il padre aveva messo in dubbio che la migliore collocazione della bambina fosse in Polonia con la madre, né aveva mai richiesto l'affidamento esclusivo a sé o il collocamento della figlia presso di sé;

- che la madre non si era opposta ai contatti della figlia con il padre, e aveva avviato anche i pernottamenti della bambina con il padre in Polonia; che il padre ha allontanato la bambina il 27.8.2012 trasferendola in Italia senza avvisare la madre, senza indicare il luogo dove l'avrebbe condotta, e senza consentire alla madre di mantenere contatti con la figlia;

- che il padre, come da lui stesso dichiarato (denuncia-querela XX 2.8.2012 depositata ai CC Genova San Martino), si è risolto dopo ben due mesi dalla partenza della madre per la Polonia a denunciarla per sottrazione di minore, a seguito del rifiuto della madre di consegnare la bambina al padre perché trascorresse un periodo di venti giorni con lui in Italia; che anche il padre, invece di cercare una soluzione conciliativa o attendere la pronuncia del giudice competente, ha posto in essere un trasferimento internazionale non concordato della bambina;

- che infine solo grazie all'intervento dei Carabinieri il 10.9.2012 i genitori hanno trovato una soluzione provvisoria per consentire alla madre di riprendere contatto con la figlia (rel. CC comando Provinciale 10.9.2012);

ritenuto:

- che ugualmente deve essere respinta la domanda di condanna anticipata della madre al pagamento di una somma per ogni ritardo o mancata corretta esecuzione dell'emanando provvedimento, proposta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.:

dall'emanando provvedimento infatti scaturiranno obblighi non solo a carico della madre, ma anche del padre, sia relativi alla consegna e riconsegna della bambina e ai contatti telefonici e visivi della stessa con il genitore con cui non si troverà, sia economici (a carico del solo padre), e un generale obbligo di esecuzione in buona fede;

tali obblighi, come spesso avviene in materia familiare, dovranno essere modulati secondo le molteplici evenienze della

vita (ad esempio evoluzione delle esigenze della minore, sue condizioni di salute e suoi impegni scolastici e personali, condizioni di salute o di lavoro dei genitori);

è auspicabile che in presenza di tali evenienze i genitori siano in grado di concordare gli adattamenti occorrenti (ad es. spostando la data di una visita se ciò si dovesse rendere necessario per un impedimento della minore o di uno dei genitori);

la madre non ha violato provvedimenti dell'autorità giudiziaria;

non vi sono elementi probatori che facciano ritenere che ella li violerà in futuro;

la motivazioni addotte dalla madre durante l'estate 2012 per non consegnare la figlia al padre ai fini di un soggiorno in Italia di venti giorni senza contatti diretti con la madre stessa non appaiono pretestuose, essendo relative alla necessità di abituare progressivamente una bambina molto piccola al distacco dalla madre, ed essendo state accompagnate da una condotta di buona fede consistente nel consegnare la bambina al padre per pernottamenti con lui;

vi sono stati comportamenti paterni censurabili (sottrazione della minore alla madre in occasione del pernottamento della bambina presso di lui, mancata comunicazione del luogo dove la bambina si trovava);

che conseguentemente sarebbe manifestamente iniquo imporre la condanna anticipata a carico della sola madre;

e che inoltre tale condanna anticipata, nella situazione di questa coppia genitoriale, rischierebbe di ostacolare anziché facilitare l'esecuzione di buona fede da parte dei genitori e l'adattamento dell'esecuzione alle necessità delle parti e a quelle preminenti della minore;

Ritenuto che le spese di giudizio, liquidate come in dispositivo, devono seguire la soccombenza, e pertanto essere poste a carico del padre, le cui domande sono state tutte respinte. Essendo la madre ammessa al patrocinio a spese dello Stato, gli importi, ridotti della metà ai sensi dell'art. 130 t.u. n. 115/2002, dovranno essere corrisposti dal debitore all'Erario, come disposto dall'art. 133 t.u. cit..

P.Q.M.

Visto l'art. 317 bis c.c.

Dispone:

1) L'affidamento condiviso della minore AA ad entrambi i genitori; i genitori concorderanno le scelte maggiormente rilevanti (quali a titolo esemplificativo scelte dell'indirizzo scolastico e scelte sanitarie di maggiore rilievo) mentre assumeranno in autonomia le altre decisioni occorrenti durante il tempo in cui la figlia si troverà presso l'uno o l'altro genitore, possibilmente informandosi preventivamente l'un l'altro;

2) la bambina AA risiederà con la madre; la madre è espressamente autorizzata a fissare la residenza propria e della figlia in Polonia;

3) fino a tutto il maggio 2013 il padre potrà visitare la figlia in Polonia quando vorrà, accordandosi con la madre per i pernottamenti della bambina presso di sé;

4) AA inoltre trascorrerà con il padre un periodo di quindici giorni consecutivi durante il periodo delle vacanze natalizie e altro periodo di quindici giorni consecutivi orientativamente in concomitanza con le vacanze pasquali; in tali periodi il padre avrà facoltà di condurre la figlia con sé anche in Italia, e dovrà riaccompagnarla dalla madre al termine del periodo di visita;

5) dall'estate 2013 (intendendosi periodo estivo quello com-

preso fra il 15 giugno e il 15 settembre) AA trascorrerà con il padre un mese consecutivo durante l'estate, un mese consecutivo in concomitanza con le festività natalizie, un mese consecutivo orientativamente in concomitanza con le vacanze pasquali; in tali periodi il padre avrà facoltà di condurre la figlia con sé, anche in Italia, e dovrà riaccompagnarla dalla madre al termine del periodo di visita;

6) con decorrenza dall'inizio della scuola elementare, il padre potrà prendere con sé la figlia durante le vacanze scolastiche natalizie per metà del periodo di vacanza scolastica, fatta salva l'alternanza prevista per la giornata di Natale; ad anni alterni il padre potrà prendere con sé la figlia per il periodo di vacanza scolastica pasquale; il padre potrà prendere con sé la figlia per due mesi, eventualmente anche consecutivi, durante il periodo delle vacanze estive;

7) i genitori si terranno reciprocamente informati circa i recapiti della bambina;

8) le spese di viaggio di AA da e per l'Italia per questi periodi di visita saranno a carico del padre;

9) i genitori concorderanno le date dei periodi di permanenza della bambina presso il padre, tenuto conto delle rispettive esigenze personali, di lavoro e di salute, e in modo preminente delle esigenze della figlia minore;

10) il padre comunicherà alla madre i periodi di soggiorno estivo entro il 30 maggio di ogni anno; e i periodi di soggiorno invernale e primaverile con almeno un mese di anticipo; in caso di disaccordo sulle date, ad anni alterni la prevalenza sarà attribuita alle scelte dell'uno o dell'altro genitore (fino all'estate 2013 esclusa, prevalenza delle scelte materne; a partire dall'estate 2013, prevalenza delle scelte paterne; dall'estate 2014, prevalenza delle scelte materne, e così via);

11) ad anni alterni la giornata di Natale sarà trascorsa con la madre o con il padre (il Natale 2012 con il padre, il Natale 2013 con la madre, e così via);

12) quando la minore si troverà con un genitore, l'altro genitore potrà comunicare con lei telefonicamente o a mezzo video con collegamento telematico (una telefonata di alcuni minuti in un orario concordato fra i genitori, in mancanza di accordo fra le ore 19 e le 20 nei giorni in cui non ci sarà collegamento video; una comunicazione video almeno tre volte a settimana);

13) il padre provvederà al mantenimento diretto della figlia, nei periodi in cui la bambina starà presso di lui;

14) per il restante periodo, il padre corrisponderà alla madre, a titolo di contributo al mantenimento della figlia, l'importo di 400 euro onnicomprensivi, importo rivalutabile annualmente secondo gli indici Istat;

15) a decorrere dall'estate 2013, la madre potrà condurre con sé la figlia in vacanza per un periodo di due settimane, anche non consecutive;

16) resta ferma la facoltà del padre di visitare la figlia in Polonia quando vorrà, previo accordo con la madre;

17) sono fatti salvi i migliori accordi fra i genitori;

(...omissis...)

Tribunale per i Minorenni di Genova, 23 maggio 2012 - Pres. Sansa - Est. Tondina.

RICONOSCIMENTO del figlio naturale - opposizione - valutazione giudiziale dell'interesse del minore ad essere riconosciuto - giudizio in concreto.

(Art. 250 c.c.)

Non si può procedere all'autorizzazione del riconoscimento per il

fatto stesso che esso venga richiesto, in quanto necessariamente discendente dal diritto del minore alla propria identità personale, comprensivo del diritto a veder riconosciuto il rapporto di filiazione “sostanzialmente e a prescindere dalle condizioni del richiedente”.

Tale interpretazione, infatti, si porrebbe in radicale contrasto con quanto stabilito dall’art. 250 c.c., comportandone una sostanziale abrogazione.

Il Tribunale per i Minorenni, in caso di opposizione dell’altro genitore al riconoscimento del figlio naturale infrasedicenne, deve dunque procedere ad una valutazione in concreto e comparativa di quale sia l’effettivo interesse del minore stesso.

Siffatto interesse può articolarsi in modo diverso, ad esempio, a seconda dell’età del minore, della consapevolezza che egli ha della vicenda familiare e della sua storia personale, del fatto che abbia o meno avuto contatti con l’aspirante genitore nel corso della sua vita e della qualità di tali contatti, dell’atteggiamento espresso dal genitore che per primo ha riconosciuto.

Anche il disegno di legge approvato nel mese di maggio del corrente anno dal Senato della Repubblica recante “Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali” (n. 2805), pur abbassando a quattordici anni l’età per l’espressione diretta del consenso o dissenso da parte del minore, mantiene intatto - in caso di diniego del consenso da parte del genitore di infraquattordicenne - il vaglio giuridiziaro sulla corrispondenza all’interesse del minore.

(Nel caso di specie, la C.T.U. svolta in corso di causa aveva peraltro evidenziato come il riconoscimento del rapporto di filiazione da parte del ricorrente avrebbe comportato un serio rischio evolutivo per la minore, né avrebbe offerto alcun utile contributo sul piano educativo, affettivo, di capacità genitoriale. Al contrario, la presenza di una figura paterna così disturbata avrebbe costituito un fattore di rischio.

Gli apporti economici versati dal ricorrente per il mantenimento della minore, pur valutati positivamente dal Collegio quale segno di interessamento, peraltro non sono stati riconosciuti da soli in grado di elidere il rischio evolutivo per la minore o di bilanciare le carenze personali del ricorrente. Il ricorso è stato pertanto respinto).

F.RPT.

(... Omissis...) Svolgimento del processo

La bambina FF nasceva il 23.5.2007 e veniva riconosciuta dalla sola madre, YY, persona con difficoltà psichiche importanti e seguita dal Servizio di Salute Mentale.

Il Pubblico Ministero presso il Tribunale per i Minorenni richiedeva apertura di procedura per la verifica dello stato di abbandono; il Tribunale affidava la minore al servizio sociale con decreto 18.4.2008 n. 13/08 ADS e, con decreto del 19/20.11.2009 n. 13/08 ADS, la collocava in famiglia di accoglienza.

Nel frattempo, con ricorso depositato il 4.12.2008, YY promuoveva l’azione per ottenere l’autorizzazione a riconoscere la minore quale propria figlia naturale. Egli esponeva di aver avuto nel 2006 una relazione sentimentale con la XX, e che dall’unione era nata la bambina FF. Riferiva che al momento della nascita non aveva potuto provvedere al riconoscimento tempestivo essendo ricoverato all’Ospedale di S. per gravi motivi di salute, Ospedale dove era rimasto dall’1.6.2007 al 30.6.2007. Affermava di aver solo di recente recuperato le proprie buone condizioni di salute, e di aver manifestato alla madre il desiderio di riconoscere la bambina come propria figlia, senza ottenerne il consenso.

La convenuta si costituiva contestando la narrativa di controparte e resistendo al ricorso. Ella non negava ed anzi riconosceva la paternità biologica, ma sosteneva che il rico-

noscimento non fosse nell’interesse del minore. Esponeva che la convivenza con XX era durata all’incirca tre mesi, e che ella era rimasta incinta, ma che i primi mesi di gravidanza erano risultati particolarmente difficili a causa delle continue aggressioni verbali e fisiche da parte del XX. L’uomo risultava affetto da un grave disturbo psichico (disturbo di personalità con screscio paranoico, secondo la rel. ASL 3 in atti della procedura 13/08 ADS citata), disturbo che inizialmente aveva tenuto nascosto alla donna. La gravità della patologia e delle sue manifestazioni costringeva la YY a trasferirsi presso la propria madre. Nel corso della gravidanza il XX non mostrava alcuna adeguata capacità di supporto nei confronti della donna.

YY smentiva inoltre che il XX fosse stato ricoverato al momento della nascita di FF: egli aveva invece fatto una comparsa all’Ospedale dove si trovava la puerpera.

Nel periodo successivo alla nascita, l’uomo era risultato molto passivo, scarsamente cooperativo e del tutto inadeguato, non riuscendo ad attendere ad alcuna occupazione riguardante la bambina, in cui, negli ultimi tempi, la presenza del XX suscitava segni di insofferenza e crisi di pianto. Nei confronti di YY, l’atteggiamento dell’uomo era oscillante fra trattenuta compostezza e scoppi d’ira, con ingiustificate minacce di “portare via” la bambina alla madre.

La convenuta rilevava che la diagnosi posta nei confronti del XX era particolarmente seria, sicché si sarebbe comunque imposta una approfondita verifica circa l’asserito pieno recupero delle buone condizioni di salute. Rilevava altresì che ancora in tempi recenti, nel colloquio avvenuto il 9.7.2008 fra il ricorrente e l’ass. soc. dott. G. (documentato con la relazione 1.10.2008 nel procedimento 13/08 ADS) il XX “ribadiva più volte di non essere in grado al momento di occuparsi in maniera più presente della bambina e che comunque questo compito non rientrava nei suoi pensieri più urgenti” aggiungendo “l’impossibilità economica a mantenere sia la bimba che la compagna visto il suo esiguo stipendio (850 euro ca.)”.

All’udienza di comparizione il ricorrente confermava quanto esposto in ricorso. A specifica domanda sulle ragioni del ricovero ospedaliero che gli avrebbe impedito il riconoscimento, riferiva di essere stato ricoverato per “esaurimento nervoso” in un reparto di cui non ricordava bene il nome. Solo specificamente sollecitato dal giudice riferiva che era stato ricoverato in reparto psichiatrico. Il difensore produceva certificazione 9.10.2008 che attestava che XX era stato preso in carico dal Servizio di Salute Mentale dopo un ricovero in SPDC nel mese di giugno 2007 per “psicosi paranoide acuta”; la certificazione attestava al momento “buone condizioni psichiche, in assenza di sintomi psicotici produttivi”.

Con decreto 6.4.2010 veniva disposta c.t.u. per la verifica della corrispondenza o contrarietà del riconoscimento all’interesse della minore ad un percorso psicoevolutivo adeguato; con decreto nella stessa data veniva altresì disposta consulenza tecnica nella procedura 13/08 ADS, con incarico ai medesimi consulenti, i dottori LA, psicologa psicoterapeuta, e GM, psichiatra.

BB, madre di XX, conferendo mandato al difensore del figlio, con memoria 3.11.2010 si dichiarava disponibile ad essere presa in considerazione quale possibile affidataria e/o collocataria della bambina e chiedeva di essere ascoltata.

La relazione peritale, le note critiche dei c.t.p. e le note conclusive dei c.t.u. venivano depositati alle parti legittimate, e sulle stesse le parti prendevano le loro conclusioni.

Motivi della decisione

Sulla base delle dichiarazioni concordanti rese da XX, dalla madre di lui BB, da YY, e dalla madre di lei MM, in estrema sintesi possono ricostruirsi così le vicende della relazione fra i due e della nascita di FF: la madre di FF, YY, persona seguita dal Servizio di Salute Mentale dal 2000, per una psicopatologia di rilievo (disturbo di personalità borderline, con riconoscimento di invalidità al lavoro nella misura del 75 %, in presenza di una personalità piuttosto immatura, secondo le conclusioni dei c.t.u.) iniziava una relazione con XX e, rimasta incinta, conviveva con lui per circa tre mesi, poi rientrava a vivere con la propria madre. Alla nascita della bambina (23.5.2007) XX, informato dalla nonna materna, visitava la puerpera in ospedale. Poco dopo egli veniva ricoverato in SPDC il 1.6.2007 con diagnosi alla dimissione di "psicosi paranoide acuta". La coppia non riprendeva la convivenza, ma il XX visitava YY e la bambina dapprima con una certa frequenza, anche accedendo e trattenendosi nel domicilio della YY, e successivamente, dopo una prescrizione limitativa del Tribunale minorile alla madre nella procedura 13/08, a cadenza non più che settimanale, in presenza della madre e fuori dal domicilio. Le frequentazioni venivano interrotte nel novembre 2009, quando la bambina veniva inserita in famiglia d'accoglienza.

Al di là di queste scarse linee, le versioni date da YY, XX, MM, BB, in atti e nei colloqui con gli operatori e i periti, circa lo svolgimento della relazione, i comportamenti reciprocamente tenuti, le ragioni delle scelte operate, appaiono per più aspetti divergenti, e di non semplice ricostruzione, se non per quanto risulta da osservazioni di soggetti terzi (operatori sociali, clinici, c.t.u.) e certificazioni cliniche.

Va in primo luogo rammentato che il diritto a costituire il rapporto di filiazione, certa che sia la generazione biologica, non è illimitato nel nostro ordinamento.

Infatti, quando il riconoscimento da parte di entrambi i genitori non sia avvenuto alla nascita, l'art. 250 c.c. pone una significativa limitazione al diritto del genitore biologico che non abbia inizialmente riconosciuto il figlio, sottoponendo la sua facoltà al consenso del minore ultrasedicenne. In tale ipotesi al minore ultrasedicenne viene attribuita l'esclusiva ed insindacabile valutazione del proprio interesse ad essere riconosciuto.

In caso di minore infrasedicenne, il riconoscimento tardivo non può avvenire senza il consenso del genitore che abbia per primo riconosciuto, consenso che evidentemente tiene luogo del consenso del minore; ma in tal caso il dissenso non è insindacabile, perché "non può essere rifiutato ove il riconoscimento risponda all'interesse del figlio". In caso di dissenso del genitore che per primo ha riconosciuto, l'aspirante al riconoscimento può adire il Tribunale minorile, che è chiamato a valutare la corrispondenza del riconoscimento all'interesse del minore e, in caso di corrispondenza, ad emettere una sentenza che tiene il luogo del consenso mancante.

L'interesse del minore al riconoscimento si compone di molteplici profili, morali e materiali, rappresentati dai contributi (accuditivi, affettivi, psicoevolutivi, emotivo-contenitivi, identitari, relazionali, materiali, economici, ereditari, ecc.) che l'aspirante genitore potrebbe offrire al minore a seguito della costituzione del rapporto di filiazione, esercitando le funzioni genitoriali, avvalendosi dei diritti e poteri ed adempiendo agli obblighi e doveri inerenti la potestà genitoriale.

Al giudice viene pertanto rimessa una valutazione prognostica di tali apporti, da rendersi ovviamente sulla base degli elementi probatori raccolti, specialmente relativi alla storia

della persona e della sua relazione con gli altri interessati, e alle valutazioni psicodiagnostiche e cliniche circa la sua condizione presente e futura.

Valutati singolarmente e separatamente, tali profili morali e materiali possono avere anche segno divergente, a seguito di specifiche carenze o problematiche, come accade ad es. quando l'aspirante genitore possa magari assicurare cospicui contributi economici al mantenimento del figlio, ma per sue caratteristiche personali, per il suo funzionamento psichico, per le sue condizioni o scelte di vita, e così via, la sua presenza o ingresso nella vita del minore costituisca non fonte di beneficio ma produttiva di rilevante rischio.

Compete al Tribunale esaminare e soppesare separatamente e complessivamente i vari profili, al fine di compiere la valutazione se il riconoscimento attui il concreto interesse del minore nel caso. In ogni caso, per la preminenza degli aspetti riguardanti la sana evoluzione personologica del minore su ogni altro aspetto della vita, deve ritenersi comunque esclusa la sussistenza dell'interesse del minore al riconoscimento ogni qualvolta l'introduzione della nuova figura genitoriale sia tale da esporre il minore, con rilevante grado di probabilità, a danni gravi ed irreparabili per la salute fisica o psichica.

Pertanto non può ritenersi, come invece sostiene la difesa XX, che l'autorizzazione al riconoscimento debba in ogni caso essere data, in quanto necessariamente discendente dal diritto del minore alla propria identità personale, comprensivo del diritto a veder riconosciuto il rapporto di filiazione "sostanzialmente a prescindere dalle condizioni del richiedente". Una siffatta interpretazione - in sostanza radicalmente abrogativa di tutto il sistema previsto dall'art. 250 c.c. - non è giustificabile alla luce del tuttora vigente testo legislativo.

L'interesse ad acquisire il cognome paterno e la legale affermazione della paternità, per quanto di notevole importanza e rilievo, è solo uno dei profili e aspetti che debbono essere sottoposti a valutazione comparativa da parte del Tribunale. Inoltre, tale interesse non va valutato in astratto, ma in concreto: esso non ha la medesima portata per ogni minore, potendo articolarsi in modo diverso (ed anche, con segno diverso) a seconda dell'età del minore stesso, della consapevolezza che egli ha della vicenda familiare e della sua storia personale, del fatto che abbia o meno avuto contatti con l'aspirante genitore nel corso della sua vita e della qualità di tali contatti, dell'atteggiamento espresso dal genitore che per primo ha riconosciuto. Conferma dell'attuale e piena vigenza di un sistema ordinato a vagliare, con il metro dell'interesse del minore, l'aspirazione al riconoscimento tardivo si rinvia anche nella recente approvazione da parte del Senato della Repubblica (16.5.2012) del disegno di legge recante "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali" n. 2805, che, significativamente, estende i margini del riconoscimento, abbassa a quattordici anni l'età per l'espressione diretta del consenso o dissenso da parte del minore, ma per l'appunto mantiene - in caso di diniego del consenso da parte del genitore di infraquattordicenne - il vaglio giudiziario sulla corrispondenza all'interesse del minore da parte del Tribunale. Sempre sul piano generale, deve precisarsi che l'esistenza di patologie psichiche, di per sé e sulla base del solo inquadramento diagnostico, non vale ad escludere l'interesse del minore al riconoscimento. Occorre, nel singolo caso e con riguardo alle specificità concrete delle condizioni e risorse personali, delle modalità comportamentali, delle prospettive evolutive, valutare se l'introduzione di quella specifica persona in qualità di genitore di quello specifico minore possa costituire per il minore un vantaggio, ovvero un grave rischio.

In questo quadro di riferimento, e sulla base degli elementi probatori acquisiti, il riconoscimento della bambina FF da parte di XX è risultato contrario all'interesse della minore, e non può essere autorizzato.

La storia clinica del ricorrente è indicativa di un pesante disagio, cronicizzato, con gravi riacutizzazioni ricorrenti, e tale da esporre a grave rischio l'equilibrio psichico e l'evoluzione personale della bambina FF non solo quando il genitore biologico si venga a trovare nelle fasi di acutizzazione del suo male, ma anche quando egli si trova nelle fasi di parziale remissione e compenso.

La sintomatologia psichiatrica del XX (nato nel 1969) veniva inizialmente rilevata all'età di ventisette anni, con una probabile fase psicotica (con manie di persecuzione, allucinazioni acustiche, figurazioni psicotiche), regredita dopo mesi di trattamento con Aloperidolo. Verso i trentadue/trentatré anni vi era una ricaduta (con periodiche esternazioni soprattutto di carattere lugubre), sullo sfondo di depressività prevalentemente abulica e di sempre più evidenti disturbi del comportamento. Un miglioramento della condizione complessiva si produceva nella seconda metà del 2003, a seguito di introduzione di nuovi farmaci, soprattutto nel senso di una progressiva regressione delle affermazioni psicotiche, mentre persisteva un atteggiamento di fondo abulico e privo di interessi. Dopo circa un anno si aveva un peggioramento, con aumento dell'apatia, trasandatezza, note di anedonia e diminuita accondiscendenza verso i farmaci. Nell'autunno 2005 ricomparivano esternazioni psicotiche ancora di tipo pessimistico, inizialmente sporadiche e contenute. Nel successivo anno (2006) si aveva un nuovo scompenso, caratterizzato soprattutto da anomalie del comportamento (atti di violenza a volte clamorosi, quali gettare dalla finestra oggetti; scrivere alle persone più vicine lettere raccomandate con accuse deliranti a terzi ed ammissioni personali altrettanto deliranti (rel. 18.4.2007 dott. R., neurologo, citata in rel. c.t.u. pag. 17-18). Il dott. R. riportava che, secondo la madre, il paziente si sarebbe comportato in maniera illogica e spesso violenta nei riguardi di chi gli era familiare, tenendo invece un comportamento tranquillo con le persone non conosciute. Veniva riferito almeno un trasporto all'Ospedale in stato di agitazione psicomotoria, non sfociato in TSO perché il paziente aveva presentato un comportamento normale alla visita medica. Si instaurava il totale rifiuto verso la terapia farmacologica. Il dott. R., nella relazione citata, inquadrava diagnosticamente la situazione come "Disturbi della personalità con aspetti psicotici e deliranti, quale presumibile situazione residua a crisi paranoide".

La relazione del Centro di Salute Mentale 14.10.2009 (citata in c.t.u. pag. 18) dà atto del ricovero in SPDC del giugno 2007 (poco dopo la nascita della bambina FF), avvenuto per il rifiuto delle terapie e di altri interventi terapeutici e per l'assente consapevolezza di malattia; la diagnosi di dimissione era stata "Psicosi paranoide acuta": il paziente presentava idee deliranti a contenuto persecutorio con anomalie del comportamento. Dopo il ricovero, veniva praticata ed accettata terapia iniettiva quindicinale, e il paziente non mostrava "riesacerbazioni della sintomatologia produttiva" potendo così mantenere un sufficiente funzionamento sociale e lavorativo. "Permane un certo appiattimento dell'affettività, con tendenza alla concretezza del pensiero. L'autonomia, apparentemente buona, sembra in realtà limitata agli aspetti superficiali del funzionamento, così come assai ridotta è la capacità di insight".

La madre della minore YY, pur nella profonda ambivalenza

del rapporto che la lega tuttora al XX, nell'anamnesi raccolta dai periti fa emergere alcuni aspetti fortemente problematici della condizione del XX, coerenti con quanto emerso dalle relazioni cliniche. Ella infatti ricorda reazioni aggressive ("comanda lui" e se la YY si opponeva egli si adirava o le dava "qualche sberletta"; cfr. rel. c.t.u. pag. 19-20); che egli aveva avuto una reazione violenta quando la madre di lui gli stava porrendo la terapia da assumere; che gettava talora le cure dalla finestra (rel. c.t.u. pag. 25).

Anche la madre di XX, BB, nell'anamnesi raccolta dai periti ha riferito aspetti relativi al rifiuto delle terapie, per assenza delle coscienze di malattia (rifiuto che BB solo a periodi e solo molto faticosamente riusciva a superare, quando il figlio abitava presso di lei); alle caratteristiche delle prime manifestazioni patologiche (discorsi funerei, interesse per le persone menomate, "vedeva la morte ovunque") e alla recrudescenza dopo l'inizio della convivenza con YY (ricominciava a non assumere farmaci, iniziando a manifestare forte aggressività verbale "quando mi parlava mi faceva paura") (rel. c.t.u. pag. 40).

I c.t.u. nell'ambito delle complesse attività rivolte a rispondere ai quesiti nei due diversi procedimenti, hanno non solo proceduto all'acquisizione di documentazione e osservazioni cliniche, alla raccolta anamnestica e al colloquio clinico con tutti i soggetti interessati o in qualche modo coinvolti (madre, nonna materna, zii materni di FF, ricorrente XX, madre di lui e compagno della madre), ma anche all'osservazione della bambina, e all'osservazione dell'interazione fra il ricorrente e la bambina (rel. c.t.u. foglio 57-59). Di comune accordo con i c.t.p., i c.t.u. non hanno proceduto a test psicodiagnostici, che non sono stati ritenuti necessari.

I c.t.u. hanno concluso che XX presenta una personalità immatura e una patologia psichiatrica di tipo delirante, caratterizzata da elementi paranoide e narcisistici, ma attualmente compensata dall'adesione alla terapia farmacologica, con investimento nelle relazioni affettive piuttosto scarso. Egli manca di sostanziale consapevolezza del proprio disagio mentale, mancata consapevolezza che in passato lo ha portato ad evitare le cure, e a un ricovero in TSO. Nei confronti della figlia e della sua situazione egli non presenta adeguata elaborazione, mentre fa principalmente affidamento sull'apporto della propria madre, dalla quale sembra dipendere sia sul piano emotivo che cognitivo. I c.t.u. rilevano altresì un atteggiamento omertoso, verosimilmente su base paranoide, che ha influito decisamente sul suo contributo alla c.t.u.. La richiesta di riconoscimento non risulta poggiare su adeguati investimenti affettivi, né sulla presenza di risorse educative e genitoriali idonee a sostenere lo sviluppo della bambina (rel. c.t.u., pagg. 33-40; e pag. 61).

I c.t.u. sottolineavano che le rilevanti psicopatologie da cui è risultato affetto XX, sia in fase acuta, sia nella loro cronicità, compromettono le funzioni e le capacità genitoriali. Individuavano particolarmente, per l'incidenza sull'esercizio della funzione parentale, "la povertà affettiva, l'immatunità, l'intolleranza alla frustrazione, la presenza di comportamenti instabili, impulsivi, aggressivi, l'incapacità a costruire relazioni oggettuali mature e significative, l'assenza di coscienza di malattia, la coartazione delle funzioni di critica, introspezione, rielaborazione".

I c.t.u. osservavano inoltre come la tardività della domanda del XX, ed il suo stesso comportamento in sede di consulenza (colloqui omertosi, motivazioni futili o contraddittorie al mancato riconoscimento) abbiano evidenziato la coesistenza di movimenti contrastanti e conflittuali: sembra infatti

che XX abbia “richiesto la paternità giuridica della figlia principalmente per soddisfare il desiderio, etico, compensatorio, narcisistico della propria madre. Contemporaneamente...posto di fronte alla sua desiderata, o quantomeno richiesta, assunzione di responsabilità, sperimenta ed esprime un importante desiderio di fuga nei confronti di una situazione che forse non avrebbe voluto e che lo spaventa, comprensibilmente, data l'assenza di sufficienti risorse interne atte a sostenere la strutturazione di un ruolo adulto e coerente.”

Il ricorrente “in questi anni ha mostrato un investimento intermittente, un esserci talvolta collaborativo, talvolta sofferente (come in occasione della nascita della bambina e del suo ricovero coatto), talvolta iroso (in gravidanza e in alcune occasioni in casa YY), alternato a un moto di fuga (il mancato riconoscimento, il dubbio sulla paternità), di negazione (riguardo alla propria malattia, a quella della madre della bambina), di rinuncia (“mi avevano detto così, aspettavo”)” (rel. c.t.u. pagg. 59-60).

Questa osservazione dei c.t.u. trova una corrispondenza in quanto riferito dall'ass.soc. G. nella relazione 1.10.2008: nel colloquio avvenuto il 9.7.2008 fra il ricorrente e l'assistente sociale il XX “ribadiva più volte di non essere in grado al momento di occuparsi in maniera più presente della bambina e che comunque questo compito non rientrava nei suoi pensieri più urgenti” aggiungendo “l'impossibilità economica a mantenere sia la bimba che la compagna visto il suo esiguo stipendio (850 euro ca.)”.

Quanto alla piccola FF (rel. c.t.u. pagg. 56-59), i c.t.u. hanno concluso che ella “nelle prime fasi dello sviluppo è stata esposta in modo costante e continuo alla malattia mentale di entrambe le figure parentali, alla conflittualità e alla collusività della relazione madre-nonna, alla degenerazione delle facoltà mentali ed al conseguente decesso del nonno materno (sofferente per circa dieci anni per Morbo di Alzheimer), ad un accudimento intermittente, confuso e incerto. Per tali ragioni evidenzia all'osservazione con le figure familiari una specifica vulnerabilità, che si manifesta in questa immagine di bambina passiva, inerme, incapace di una reazione e di una iniziativa, di un desiderio e di una contrarietà. La discrepanza tra l'osservazione peritale ed il racconto della famiglia di attuale collocazione che la descrive come una bambina vivace, gioiosa e particolarmente loquace, “va probabilmente riferito ad una reazione post-traumatica evocata da particolari sollecitazioni ambientali, che la madre stessa e i suoi familiari, nel loro ruolo di “marker” della memoria” rappresentano”.

Le conclusioni dei c.t.u., raggiunte all'esito di approfonditi accertamenti, e adeguatamente motivate, nonché precisate

nelle note di replica dei c.t.u. che motivatamente e persuasivamente rispondono ai rilievi dei c.t.p. (in particolare ai fogli 3-5), sono pienamente condivisibili.

La costituzione del rapporto di filiazione con il XX non offrirebbe alcun utile contributo sul piano educativo, affettivo, di capacità genitoriale (non valendo a costituire una risorsa positiva alcuni occasionali momenti di buon accudimento che possano anche essersi verificati, alla luce della complessiva situazione ben delineata dalle relazioni indicate e dagli accertamenti peritali). Al contrario la presenza di una figura paterna così disturbata costituirebbe un fattore di rischio.

Il nucleo familiare del ricorrente (madre di lui e compagno) non ha in questi anni costruito un rapporto significativo e familiare con la minore, né con la famiglia materna allargata, ed inoltre presenta note di negazione/collusione/ambivalenza nei confronti delle problematiche del figlio che, nell'eventualità di una relazione con la minore “potrebbero costituire causa di possibili pregiudizi per lo sviluppo equilibrato della stessa” (rel. c.t.u. pag. 61).

È poi dirimente il fatto che la minore, resa particolarmente vulnerabile dalla prolungata esposizione alle manifestazioni e ricadute delle patologie dei familiari (compreso il padre biologico), debba svolgere un difficile percorso evolutivo e di risanamento, e richieda una speciale protezione da quei fattori di rischio che già l'hanno danneggiata in passato. Il rischio per la sua evoluzione personale sarebbe eccessivamente incrementato dalla presenza nella sua vita di un genitore che, per le sue difficoltà, non sarebbe in grado di svolgere ruoli costruttivi, né di integrarsi nel complesso e delicato programma di sostegno (rel. c.t.u. pag. 60) ma riprodurrebbe le situazioni traumatiche che la minore, con suo danno, ha già vissuto.

Gli apporti economici (il contributo di 150/200 euro mensili costantemente versato dal XX a YY) sono certamente un lodevole segno di interessamento e un'utilità per la minore, ma non possono elidere il rischio evolutivo per la minore o bilanciare le carenze personali del ricorrente.

Le spese di giudizio, liquidate complessivamente e forfettariamente come in dispositivo, vanno poste a carico del ricorrente soccombente, in ragione dell'esito della procedura. Le spese di c.t.u., liquidate con separato decreto nella parte imputabile al presente procedimento, vanno poste a carico del soccombente.

P.Q.M.

Visto l'art. 250 c.c.

Respinge

il ricorso proposto da XX nei confronti di YY.

Documenti

Crisi coniugale e rimedi legali. Il problema dei rapporti tra separazione e divorzio

Gilda Ferrando

*Professore Ordinario di Istituzioni di diritto privato
Università di Genova*

Sommario: 1. *I modi di soluzione del conflitto coniugale. I rapporti tra divorzio ed annullamento del matrimonio.* - 2. *I rapporti tra separazione e divorzio.* - 3. *La separazione legale come causa di divorzio. Orientamenti giurisprudenziali e prospettive di riforma.*

1. I modi di soluzione del conflitto coniugale. I rapporti tra divorzio ed annullamento del matrimonio.

Le regole di soluzione del conflitto coniugale occupano un posto di primo piano nel contesto della disciplina complessiva della famiglia. Nel momento della crisi i diritti pretendono tutela, la rivendicazione della propria libertà deve misurarsi con i doveri di solidarietà, diviene attuale la responsabilità assunta all'atto della celebrazione del matrimonio. Nella disciplina della crisi coniugale si riflette l'importanza del matrimonio, inteso come atto che crea un vincolo, fonte di impegni e di responsabilità.

Separazione, divorzio, annullamento del matrimonio sono i tradizionali rimedi che ogni ordinamento mette in campo quando insorge la crisi della famiglia. Si è notato (1) che il ruolo, la funzione, il significato che la ciascuno di essi svolge in un dato ordinamento dipende principalmente da due fattori: dal fatto che quell'ordinamento abbia introdotto in tempi più o meno recenti il divorzio e inoltre dal peso dei condizionamenti di tipo confessionale.

Questo è vero in modo particolare per il diritto italiano, solo in tempi relativamente recenti approdato alla scelta divorzista e particolarmente esposto, se non altro per ragioni geografiche, alle influenze della Chiesa cattolica.

Se ne ha una riprova se si considerano i ripetuti tentativi (sempre falliti) di introdurre il **c.d. divorzio breve** (vale a dire di portare da tre anni ad uno soltanto in presenza di coniugi consenzienti e senza figli). Nel 2005 il progetto approvato dalla Camera è stato poi bloccato al Senato in seguito all'intervento della CEI ed ora la storia sembra ripetersi, con il progetto di recente approvato dalla Commissione Giustizia della Camera(2).

Va poi tenuto conto di come le influenze confessionali in Italia si manifestino per via del **sistema matrimoniale concordatario** e della rilevanza, nel diritto interno, delle pronunce di annullamento ecclesiastico. Dal punto di vista pratico, l'annullamento ecclesiastico presenta rispetto agli altri rimedi alcuni vantaggi di non poco conto: non richiede tempi di attesa, né una precedente separazione; le cause di annullamento in diritto canonico sono molto più numerose ed elastiche, per via della concezione sacramentale del matrimonio che contraddistingue quell'ordinamento; quanto agli effetti economici, poi, l'annullamento è assai meno oneroso in quanto al coniuge debole, e solo se in buona fede,

spetta un assegno temporaneo (tre anni) (art. 129 c.c.), e non vitalizio come nel caso di divorzio (art. 5, l. n. 898/1970).

Il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche è sottoposto al duplice controllo del rispetto del diritto di difesa e della non contrarietà all'ordine pubblico (v. art. 8 l. n. 121/1985, di ratifica ed esecuzione dei Nuovi accordi con la Santa Sede e art. 4 del relativo protocollo addizionale). La giurisprudenza peraltro ha sempre circoscritto i casi di mancata deliberazione a quelli in cui si manifesta un contrasto particolarmente grave con i principi di diritto interno, tributando una speciale considerazione alle "specificità dell'ordinamento canonico". Tutto questo ha fatto sì che la via ecclesiastica verso la riconquista della libertà di stato venga scelta da molti, e non solo per ragioni di coscienza.

Su questo versante, il diritto giurisprudenziale sta attraversando una significativa evoluzione. La Corte di Cassazione ha elaborato regole più severe di controllo, attenuando la portata derogatoria della via concordataria rispetto a quella di diritto comune: i) a livello di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di annullamento, da un po' di tempo si registra un maggior rigore, si pensi soltanto al rifiuto di deliberazione nel caso di riserva mentale quando la convivenza coniugale si sia protratta per un lungo periodo di tempo(3); ii) a livello di effetti dell'annullamento, il diritto di percepire l'assegno di divorzio non viene meno nel caso di annullamento ecclesiastico successivo al divorzio(4). Va però tenuto conto del fatto che, in assenza di un precedente divorzio, l'assegno spetta al coniuge annullato solo nei limiti dell'art. 129 c.c.(5). Mentre in altre esperienze l'annullamento del matrimonio costituisce un rimedio tutto sommato marginale, in Italia, invece, l'annullamento ecclesiastico con effetti civili conserva ancora uno spazio non secondario(6). La mancanza di una disciplina uniforme degli effetti economici dell'annullamento e del divorzio, poi, costituisce un'altra "anomalia" tutta italiana.

2. I rapporti tra separazione e divorzio.

Quanto ai rapporti tra separazione e divorzio, nella gran parte delle altre esperienze europee (si pensi a quelle spagnola, francese e tedesca), è il divorzio ad essere al centro della scena, mentre la separazione sta ai margini, è un rimedio residuale per quanti non hanno intenzione di divorziare. Da noi, invece, è la separazione la vera protagonista della crisi. Questo si spiega in considerazione delle interrelazioni esistenti tra separazione e divorzio ed in ragione dei modi in cui il divorzio ha fatto ingresso nel nostro ordinamento.

Sappiamo che la disciplina tradizionale, *ante* 1970, era dominata dal principio di indissolubilità. A sua volta la separazione - che costituiva l'unico rimedio al fallimento dell'unione - era consentita solo in presenza di ipotesi tassative di colpa di uno dei coniugi. In tal modo viene privilegiata una concezione "sanzionatoria" della separazione.

In questo contesto, la separazione veniva descritta come "uno stato temporaneo", orientata a favorire la riconciliazione dei coniugi. Questo si spiegava con una concezione pubblicistica della famiglia. L'interesse generale alla salvaguardia dell'istituto matrimoniale, inteso come valore sovraordinato all'interesse delle persone, non consentiva che il vincolo coniugale, una volta costituito, potesse essere sciolto,

neppure una volta venuta meno la comunanza di sentimenti, affetti, interessi che lo alimentano.

L'introduzione del divorzio (l. 1° dicembre 1970, n. 898) costituisce il primo grande cambiamento in un diritto di famiglia pressoché immutato dal 1942, espressione di una diversa concezione della famiglia, intesa non più come "istituzione", ma come "formazione sociale" (art. 2 Cost.), tutelata (non in vista dell'interesse generale, ma) in ragione della protezione dei valori delle persone che la compongono. Il venir meno della "comunione materiale e spirituale" (art. 3, l. n. 898/1970) giustifica lo scioglimento del vincolo coniugale ormai svuotato del suo autentico significato. Con la legge sul divorzio la stessa funzione della separazione si trasforma: non più uno stato temporaneo in vista della riconciliazione, ma il momento iniziale di un processo destinato a sfociare nel divorzio. La sequenza che normalmente si stabilisce tra separazione-decorso del tempo prescritto-divorzio ne sottolinea il ruolo di necessaria "anticamera" del divorzio. Non si esclude, d'altra parte, che, accanto a questa, che è l'immagine più diffusa della separazione, possa coesistere una sua diversa considerazione in termini di stato anche durevole, alternativo rispetto al divorzio, a disposizione di chi non intenda por fine definitivamente al vincolo.

La duplicità di funzioni determina ambivalenza nella disciplina perché vi sono regole la cui conservazione può apparire giustificata in una prospettiva, meno giustificata nell'altra (si pensi ai criteri di determinazione dell'assegno). L'introduzione del divorzio, ed i modi in cui è stata attuata, muta dunque profondamente il volto della separazione, la sua funzione, il suo fondamento. In questa sede vorrei soffermarmi su tre punti.

In primo luogo, va notato che la legge del 1970 inaugura un approccio completamente nuovo alla crisi familiare improntato non più alla logica della colpa e della sanzione ma a quello del rimedio per il fallimento della vita comune.

In secondo luogo, la legge del '70 stabilisce un legame molto stretto tra separazione e divorzio perché se è vero che presupposto dello scioglimento del vincolo è il venir meno della comunione materiale e spirituale, è anche vero che la separazione protratta per un certo periodo di tempo (originariamente 5 anni ed ora 3) costituisce in assoluto la principale tra le cause tassative che dimostrano il venir meno di tale comunione (v. art. 3, l. n. 898/1970). Diversamente da quanto accade altrove, da noi è necessaria una preventiva separazione legale (giudiziale o consensuale). Non basta la semplice separazione di fatto, derivante dalla cessazione della vita comune.

Si consideri, infine, che il divorzio è stato disciplinato da una legge speciale, e non mai entrato a far parte del codice civile. Nonostante gli stretti legami che le avvincono, separazione e divorzio restano sottoposti a discipline separate. Il che ha costituito un ostacolo, e lo costituisce ancor oggi, al raggiungimento di una disciplina unitaria degli effetti della separazione e del divorzio, come invece accade nella gran parte dei Paesi a noi vicini.

Nell'evoluzione che è seguita all'introduzione del divorzio si assiste ad un dialogo tra i due istituti, complesso e non sempre limpido, sul quale a mio parere si deve riflettere se vogliamo impostare in modo corretto le basi di una riforma, ormai indifferibile, ma di tanto faticosa elaborazione.

Per quello che riguarda il **fondamento** della separazione e del divorzio mi pare si possa dire che tra i due istituti si è realizzata una **sinergia positiva** che ha portato a rafforzare la concezione rimediale dell'una e dell'altro.

L'introduzione del divorzio è stata infatti la ragione principale che ha determinato il passaggio dal modello di separazione/ sanzione a quello di separazione/ rimedio. A sua volta, l'abbandono del principio della "colpa" e l'introduzione della separazione per "intollerabilità della convivenza ha determinato rilevanti ripercussioni sul divorzio. In tal modo, infatti, è stato perfezionato il modello di divorzio-rimedio delineato dalla legge del 1970. Nella sequenza che solitamente si instaura tra separazione e divorzio, il principio della colpa valeva ad impedire la separazione, prima, ed il divorzio, poi, tutte le volte in cui, pur in presenza di una irrimediabile frattura, non fosse possibile imputare all'altro uno dei fatti tassativamente indicati dall'art. 151 c.c. Sostituita l'elencazione tassativa delle colpe con la clausola generale dell'"intollerabilità della convivenza" la separazione ed il divorzio non hanno altro fondamento che non sia il venir meno di quella profonda intesa in cui si sostanzia l'unione coniugale. E, da questo punto di vista, la separazione si configura sempre più come un "divorzio a termine" o "sotto condizione sospensiva"(7), nel senso che, una volta ottenuta la separazione consensuale o giudiziale, lo scioglimento definitivo del vincolo dipende solo dall'esercizio del relativo diritto da parte di uno dei coniugi.

Il diritto risponde alle istanze di tutela dei soggetti più deboli (i figli, la moglie) non imponendo un vincolo ormai di mera "facciata", ma con regole che sanciscono doveri di solidarietà e impongono il rispetto delle responsabilità che discendono dal matrimonio e dalla procreazione(8).

Il limite dell'intervento del diritto sembra ormai collocarsi esclusivamente sul piano processuale del necessario controllo giudiziale e del tempo di attesa tra separazione e divorzio, ma non comprende più la cernita delle "ragioni" che giustificano la decisione individuale, se non nei termini di un minimo di serietà della domanda di separazione(9). Nel trascorrere del tempo questo modello rimediale è stato perfezionato dalla giurisprudenza. In questa prospettiva si comprendono gli **orientamenti giurisprudenziali tesi a ridimensionare il ruolo svolto dall'addebito**. Ne costituiscono esempi salienti il tramonto del mutamento del titolo della separazione da consensuale o giudiziale semplice in separazione con addebito per comportamenti successivi alla pronuncia giudiziale(10).

Ancor più significativo appare l'indirizzo ormai consolidato nell'attribuire rilevanza solo a violazioni dei doveri coniugali particolarmente gravi, alle quali possa riconoscersi un'efficacia causale nell'aver determinato l'intollerabilità della convivenza(11). E si consideri anche il depotenziamento dell'addebito conseguente al riconoscimento della possibilità di sentenza parziale di separazione con rinvio dell'addebito a successivo giudizio(12).

In tal modo non si intende contestare la "giuridicità" dei doveri familiari, depotenziandoli a meri obblighi di natura morale(13). Si intende, piuttosto, realisticamente riconoscere i limiti del sindacato giudiziale sulle ragioni della crisi e del processo come sede appropriata in cui fare i conti dei torti reciproci.

La separazione pare dunque approdata, negli orientamenti della giurisprudenza, ad una prospettiva rimediale, quanto alla sua funzione, dato questo confermato dall'emergere della **responsabilità civile** come strumento per stigmatizzare quelle condotte più gravi tali da costituire non solo violazioni dei doveri, ma vere e proprie lesioni di diritti fondamentali inviolabili(14).

3. La separazione legale come causa di divorzio.

Orientamenti giurisprudenziali e prospettive di riforma.

Gli elementi di maggior ambiguità derivano dal fatto che nel sistema italiano, e solo in questo, la separazione legale costituisce la necessaria premessa del divorzio(15). La separazione personale protratta per un triennio costituisce la causa di divorzio più importante e ricorrente nella prassi.

La separazione viene in tal modo a svolgere, nel diritto italiano, una duplice funzione: da un lato momento iniziale di un procedimento destinato a sfociare nello scioglimento definitivo del vincolo, dall'altro condizione stabile per quanti non intendano divorziare. Questa duplicità di funzioni ha ricadute importanti nel definire il regime degli effetti dell'una e dell'altro. Nei rapporti tra coniugi gli effetti sono diversi a seconda del modello di formalizzazione della crisi prescelto.

Gli effetti economici e successori dell'una e dell'altra restano distinti nell'assunto che ad essere decisivo non sia tanto il venir meno della condivisione di un progetto di vita comune, bensì il perdurare dello "status" di coniugi. In una diversa prospettiva, di tipo funzionale, il divorzio dovrebbe piuttosto essere riguardato come il momento "di non ritorno" in cui la condizione di vita separata diviene definitiva(16). Così inteso il rapporto tra i due rimedi, i criteri di determinazione dell'assegno potrebbero diventare omogenei, salvo valorizzare eventuali circostanze capaci di modificare l'equilibrio originariamente stabilito.

Gli orientamenti della giurisprudenza rimarcano tali differenze. Si pensi alle regole di determinazione degli assegni. Il fatto che i coniugi separati siano ancora coniugi, mentre quelli divorziati hanno ormai perduto tale status, porta ad enfatizzarne le differenze di funzione e quelle tra i rispettivi criteri di determinazione. Si giunge così ad affermare che il coniuge separato che non godeva di assegno può chiederne la corresponsione in sede di divorzio non per il fatto che si siano verificate sopravvenienze che giustificano una nuova determinazione, ma in ragione della differenza di principio esistente tra i due assegni(17).

Il superamento della prospettiva criticata porterebbe elementi decisivi per vincere abbandonare l'orientamento che ritiene illecite le pattuizioni stipulate in occasione della separazione e destinate a regolare (anche) i rapporti successivi al divorzio. Il timore che si tratti di accordi sullo status, piuttosto che sull'assegno, fino ad ora ha costituito la principale ragione per sostenerne la nullità(18). A veder bene, i patti in vista del divorzio soddisfano l'interesse dei coniugi di definire un assetto soddisfacente dei propri rapporti nel momento in cui addiventano alla "prima" formalizzazione della crisi: un interesse lecito e meritevole di protezione. Il controllo giudiziale sugli accordi potrebbe allora più utilmente avvalersi di strumenti meno traumatici della nullità, tra cui la modifica giudiziale, in applicazione del criterio di buona fede come fonte di integrazione del contratto, intesi ad evitare che l'accordo mascheri situazioni in cui l'uno approfitta della debolezza, della fragilità, della fiducia dell'altro(19).

In altre esperienze si è ormai approdati ad una disciplina uniforme degli effetti di separazione e divorzio. Da noi questo processo si è compiuto solo per quel che riguarda i rapporti tra genitori e figli con la legge n. 54/2006 sull'affidamento condiviso. Si è compiuto peraltro in modo singolare. Il legislatore non ha infatti previsto una disciplina comune degli effetti della separazione, del divorzio (e dell'annullamento), ma ha modificato le norme sulla separazione personale prevedendone poi l'applicazione anche agli altri

rimedi della crisi, compresi quelli relativi alle coppie non coniugate. Questo modo di procedere non solo ha lasciato persistere margini di ambiguità in relazione alla permanenza in vita di alcune disposizioni contenute nella legge n. 898. Ancor prima mette in luce una ambiguità di fondo. Il fatto che separazione e divorzio vengano disciplinati in luoghi diversi la prima nel codice civile ed il secondo in una legge speciale ha fatto sì che ciascun istituto abbia subito nel corso degli anni modifiche (ad opera del legislatore o per via di interventi della Corte Costituzionale o dei giudici ordinari) indipendentemente dall'altro. Si è posto così il problema di verificare se la nuova disciplina applicabile all'uno potesse eventualmente estendersi all'altro. La vicenda dell'assegnazione della casa familiare, più di ogni altra sta a testimoniare una "rincorsa" durata decenni e solo ora conclusa con l'approvazione della legge sull'affido condiviso(20).

Dovremo allora superare questa "anomalia" tutta italiana, e giungere ad una disciplina unitaria degli effetti con una riforma che dovrebbe abbracciare separazione e divorzio (e annullamento) nel loro insieme.

In tal modo si potrebbe forse porre riparo all'altra "anomalia", forse la più grave del nostro sistema: quella per cui al divorzio si giunge normalmente solo in seguito ad una separazione legale protratta per un certo periodo di tempo, oggi tre anni. In tal modo si impone ai coniugi un periodo di attesa molto lungo, che viene giustificato col fatto che si tratta di una pausa di riflessione, una garanzia che non vengano prese decisioni affrettate. Il fatto poi che la domanda di divorzio presupponga una pronuncia definitiva e, dunque, nel caso di separazione giudiziale una sentenza passata in giudicato allunga ulteriormente i tempi. Non viene tutelato il diritto di sciogliersi da un legame ormai esaurito, né quello di formarsi una nuova famiglia, di avere dei figli. Questo è grave soprattutto per le donne per le quali il tempo è tiranno ed il tasso di fertilità precipita con il passare degli anni. Inevitabile, in questo contesto che si moltiplichino le unioni non coniugali, le nascite fuori del matrimonio, le procreazioni medicalmente assistite.

La giurisprudenza ha fatto la sua parte per contenere i tempi del procedimento, ammettendo la sentenza parziale con rinvio ad altro giudizio delle questioni relative all'assegno o all'addebito(21). I progetti di riforma, a loro volta puntano a ridurre il periodo di attesa tra separazione e divorzio, ma incontrano difficoltà non da poco in Parlamento e soprattutto al di là del Tevere.

La soluzione a mio parere, non sta tuttavia nella riduzione dei tempi, ma nel liberare separazione e divorzio da vincolo che le stringe e che non consente né all'uno né all'altra di svolgere la propria distinta funzione: sciogliere il matrimonio in un caso, consentire ai coniugi che intendono restare tali, ma per i quali la vita comune è divenuta intollerabile, di condurre vite separate. Il divorzio dovrebbe dunque essere ammesso a prescindere da una pregressa separazione legale, quando vi sia il consenso dei coniugi o sia cessata la convivenza coniugale.

Una intransigente difesa dell'esistente ci allontana sempre più dall'Europa e, quel che è peggio, favorisce la fuga verso altri paesi da parte di chi può permettersi un divorzio all'estero, determinando così una sorta di divorzio a due velocità, breve per chi può e sa approfittare delle opportunità che offre il diritto europeo e lungo per chi invece non sa o non può farlo.

Il riconoscimento automatico dei provvedimenti stranieri (regolamento 2201/2003) e le nuove regole di diritto internazionale privato comune previste dal regolamento

1259/2010, che entrerà in vigore il 21 giugno prossimo, facilitano la possibilità di ottenere il divorzio all'estero secondo la legge straniera con immediata efficacia nel nostro ordinamento (22).

In conclusione, penso che un legislatore davvero lungimirante non dovrebbe limitarsi a ritocchi, per quanto significativi, del divorzio o della separazione, ma dovrebbe disciplinare nel loro insieme i rimedi alla crisi coniugale ripensandone la funzione ed i rapporti reciproci.

Note:

- (1) V. Fortino, *La separazione personale dei coniugi*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, I. *Famiglia e matrimonio* a cura di Ferrando, Fortino, Ruscello, 2° ed., Milano, 2011, p. 1245 ss.
- (2) La proposta di legge approvata dalla Camera dei Deputati il 23 febbraio 2012 porta ad un anno, in assenza di prole, il tempo necessario per chiedere il divorzio.
- (3) Cass. 20 gennaio 2011, n. 1343, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 333ss., su cui v. Quadri, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e convivenza coniugale: le recenti prospettive della giurisprudenza*, *ivi.*, 2011, II, p. 195-201 e v. Canonico, *La convivenza coniugale come ostacolo al riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche: la Cassazione fornisce precisazioni ma le incertezze aumentano*, in www.statoecliese.it
- (4) La Corte di Cassazione modificando un orientamento che sembrava fermo, stabilisce infatti che la delibazione della sentenza ecclesiastica successiva al divorzio non travolge le statuizioni di natura economica contenute in questa sentenza, che hanno carattere definitivo e resistono al sopravvenire di fatti nuovi: v. Cass., 23 marzo 2001, n. 4202, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1479, con nota di M. Finocchiaro; in *Foro it.*, 2002, I, 188, con nota di Trabace; in *Fam. dir.*, 2001, 596, con nota di Graziano; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, 494, con nota di Ferrando.
- (5) Rinvio a Ferrando e Querci, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Milano, 2007, p. 269 ss.
- (6) Cubeddu, *La recente legge tedesca sulla conclusione del matrimonio*. *Eheschliessungsgesetz*, *Annuario di diritto tedesco*, a cura di Patti, Milano, 1998, 199 ss.; Autorino Stanzione, *Separazione e divorzio nell'esperienza europea*, in Ferrando (a cura di), *Separazione e divorzio*, in *Giur. sist. civ. comm.*, Bigiavi, Torino, 2003, 41 ss.; Zambrano, Autorino Stanzione, voce *Divorzio in diritto comparato*, in *Digesto/civ.*, VI, Torino, 1990, 497.; Fortino, *La separazione personale dei coniugi*, cit., p. 1245 ss. E per alcune considerazioni in merito, v. Ferrando, *Il matrimonio*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2002, 509 ss.
- (7) Grassetti, *Dello scioglimento del matrimonio e della separazione tra coniugi*, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, Padova, 1992, II, 674.
- (8) Morace Pinelli, *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, Milano, 2001, 173 ss.
- (9) Zatti, *Introduzione*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, I. *Famiglia e matrimonio* a cura di Ferrando, Fortino, Ruscello cit., p. 30.
- (10) Cass. 7 dicembre 1994, n. 10512, in *Fam. dir.*, 1995, 9; Cass. (17) luglio 1999, n. 7566, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2600.
- (11) Cass. 4 dicembre 1985, n. 6063, in *Quadrimestre*, 1986, 705; Cass. 20 dicembre 1995, n. 13021, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 885; Cass. 18 settembre 1997, n. 9287, in *Fam. dir.*, 1998, 10. Da ultimo Cass. 12 aprile 2006, n. 8512, Cass. 19 settembre 2006, n. 20256, in *Fam. dir.* 2007, 249, con nota di Scarano. V. Tuttavia, per una rigida interpretazione delle regole sull'onere della prova Cass. 14 febbraio 2012, n. 2059. Al riguardo, v. Lenti, *La separazione giudiziale*, in Ferrando e Lenti (a cura di), *La separazione personale dei coniugi*, in *Trattato Alpa-Patti*, Padova, 2011, p. 67 ss.
- (12) Cass., sez. un., 3 dicembre 2001, n. 15248, Cass., sez. un., 4 dicembre 2001, n. 15279, in *Fam. dir.*, 2002, 11, con nota di Vullo, *Le sezioni unite riconoscono l'ammissibilità della sentenza non definitiva di separazione con prosecuzione del giudizio sull'addebito*; in *Foro it.*, 2002, I, 383, con nota di Cipriani, *Sulle domande di separazione, di addebito e di divorzio*.
- (13) Per una critica in questa direzione, v. di recente Scarano, *Crisi coniugale e obbligo di fedeltà*, in *Fam. dir.*, 2007, 253 ss. Ma ancor prima v. Auletta, *Il diritto di famiglia*, 8a ed., Torino, 2006, 192.
- (14) A partire da Cass. 7 giugno 2000, n. 7713, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 159, con nota di Dogliotti; Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, *ivi*, 2005, p. 365, con note di Sesta e Facci, per giungere alla più recente Cass. 15 settembre 2011, n. 18853.
- (15) Ferrando, *Matrimonio e crisi della famiglia. Note introduttive*, in *Il nuovo dir. fam.*, *Trattato* diretto da Ferrando, I, *Matrimonio, separazione, divorzio*, Bologna, 2007, p. 47
- (16) V. Rossi Carleo, *Dalla fisiologia alla patologia del matrimonio: analogie e diversità tra nullità separazione e divorzio*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, I, cit., p. 66 ss.
- (17) Cass. 11 settembre 2001, n. 11575, *Fam. dir.*, 2002, 285, con nota di Sciancalepore. E v. Cass. 20 dicembre 1995, n. 13017, *Giust. civ.*, 1996, I, 1694, Cass. 4 giugno 1992, n. 6857, *Corr. giur.*, 1992, 863. Su questi problemi, v. Al Mureden, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Milano, 2007 e, più di recente, ID., *L'assegno divorzile viene attribuito dopo un matrimonio durato una settimana. Configurabilità e limiti della funzione assistenziale riabilitativa*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 683 ss.
- (18) A partire da Cass. 11 giugno 1981, n. 3777, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1553, con nota di Trabucchi. V. tra le più recenti, Cass. 14 giugno 2000, n. 8109, in *Famiglia*, 2001, 243, con nota di Ferrando; in *Corr. giur.*, 2000, 1021, con nota di Balestra; in *Fam. dir.*, 2000, 429, con nota di Carbone; in *Contratti*, 2000, 47, con nota di Dellacasa; Cass. 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, 1022, con nota di Balestra.
- (19) V. Marella, *Gli accordi tra coniugi tra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in Ferrando (a cura di), *Separazione e divorzio*, cit., 153 ss.; Ferrando, *La separazione consensuale*, in Ferrando e Lenti, *La separazione*, cit., 3 ss. cui si rinvia per approfondimenti.
- (20) Rinvio a Ferrando, *L'assegnazione della casa familiare*, in Ferrando e Lenti, *La separazione*, cit., p. 309 ss.
- (21) V. nota 12
- (22) Nel senso ordine pubblico non costituisce una barriera al riconoscimento di divorzi consensuali all'estero: v. Cass. 25 luglio 2006, n. 16958, a proposito del divorzio consensuale degli Stati Uniti. Sulle questioni di diritto internazionale ed europeo, v., da ultimo, Long, *Profili di diritto internazionale ed dell'Unione Europea*, in Ferrando e Lenti, *La separazione*, cit., p. 603 ss.

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze e Ordinanze

Corte Costituzionale, 31 maggio 2012, n. 133 - Pres. Quaranta - Est. Napolitano*.

AMBIENTE - Regione Liguria - legge regionale su autorizzazioni agli scarichi domestici e assimilati - previsione di rinnovo tacito - materia di esclusiva competenza statale - illegittimità costituzionale.

(Art. 117, comma 2, lett. s) Cost., art. 124, comma 8, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152; l.r. Liguria 5 luglio 2011, n. 17).

È costituzionalmente illegittima la l.r. Liguria 5 luglio 2011, n. 17, in quanto prevede la possibilità che, al ricorrere di determinate condizioni, le autorizzazioni agli scarichi domestici ed assimilati siano tacitamente rinnovate (1).

(*) La sentenza interviene a dirimere la questione di legittimità costituzionale promossa dallo Stato nei confronti della Regione Liguria, con ricorso notificato il 1°-5 settembre 2011, depositato in cancelleria il 7 settembre 2011, iscritto al n. 86 del registro ricorsi 2011 e pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 43, prima serie speciale, dell'anno 2011.

(...*Omissis*...)

Considerato in diritto.

1. - Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha promosso questione di legittimità costituzionale della legge della Regione Liguria 5 luglio 2011, n. 17, recante «Modifica alla legge regionale 21 giugno 1999, n.18 (Adeguamento delle discipline e conferimento delle funzioni agli enti locali in materia di ambiente, difesa del suolo ed energia) e successive modificazioni ed integrazioni», per violazione dell'articolo 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione.

2. - L'art. 1 della sopra indicata legge regionale (peraltro composta di questo solo articolo), rileva il ricorrente, è venuto a modificare l'art. 85 della legge regionale 21 giugno 1999, n. 18 (Adeguamento delle discipline e conferimento delle funzioni agli enti locali in materia di ambiente, difesa del suolo ed energia), inserendo, dopo il comma 3 di quest'ultimo, il comma 3-bis, il quale prevede la possibilità che le autorizzazioni agli scarichi domestici ed assimilati, valide per quattro anni dal momento del rilascio, «qualora ne sussistano gli stessi presupposti e requisiti, si intendono tacitamente rinnovate di quattro anni in quattro anni». 2.1. - Secondo il Presidente del Consiglio dei ministri, la norma regionale, prevedendo «un generico tacito rinnovo» dell'autorizzazione degli scarichi di acque reflue domestiche e assimilate, viene a violare l'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., dettando, in una materia di competenza legislativa esclusiva dello Stato, una disciplina in contrasto sia con l'art. 20, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), sia con il principio in materia di ambiente dettato dall'art. 124, comma 8, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale). In particolare, quanto alla prima disposizione indicata, la normativa impugnata si dis-

costerebbe da quella statale, là dove essa stabilisce che «il silenzio» della Pubblica amministrazione (inteso come comportamento volto a significare assenso o dissenso al rilascio di provvedimenti autorizzativi) non può essere in nessun caso applicato alla materia «ambiente»; quanto alla seconda norma statale, nella parte in cui quest'ultima prevede che «l'autorizzazione agli scarichi ha validità per quattro anni dal momento del rilascio ed impone di chiederne il rinnovo un anno prima della scadenza, così escludendo ogni possibilità di rinnovo tacito», salvo la possibilità di tale rinnovo esclusivamente per specifiche tipologie di scarichi domestici, che, peraltro, il legislatore regionale «avrebbe dovuto individuare in modo puntuale».

3. - Ritiene prioritariamente questa Corte di esaminare la legittimità costituzionale della disposizione impugnata in riferimento alla sua coerenza con l'art. 124, comma 8, del d.lgs. n. 152 del 2006, ritenuto espressione della tutela approntata dallo Stato in tema di autorizzazione agli scarichi idrici, peraltro ascrivibile, per giurisprudenza costituzionale consolidata, alla materia di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost. (*ex multis*: sentenze nn. 187 e 44 del 2011, n. 234 del 2010, n. 254 e n. 251 del 2009).

4. - La questione di legittimità costituzionale è fondata.

4.1. - È da premettere che la disciplina degli scarichi idrici, per costante giurisprudenza di questa Corte, si colloca nell'ambito della «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema», di competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione. Lo Stato, nell'esercizio di tale competenza - al fine di dettare, su tutto il territorio nazionale, una disciplina unitaria ed omogenea che superi gli interessi locali e regionali - ha adottato una propria normativa, stabilendo «standard minimi di tutela» volti ad assicurare - come anche di recente si è ribadito - una tutela «adeguata e non ridicibile dell'ambiente», «non derogabile dalle Regioni» (da ultimo, sentenza n. 187 del 2011), neppure se a statuto speciale, o dalle Province autonome (sentenza n. 234 del 2010). 4.1.1. - Nel caso di specie, la norma regionale censurata, prevedendo un generico e tacito rinnovo, peraltro di quattro anni in quattro anni, dell'autorizzazione agli scarichi domestici ed assimilati senza una ulteriore e specifica individuazione, si discosta da quanto stabilito dalla normativa statale di riferimento. Il legislatore statale, infatti, dopo aver affermato, al comma 1 dell'art. 124 del d.lgs. n. 152 del 2006, che «Tutti gli scarichi devono essere preventivamente autorizzati», al comma 8 del medesimo articolo, stabilisce che tale «autorizzazione è valida per quattro anni dal momento del rilascio. Un anno prima della scadenza ne deve essere chiesto il rinnovo». Diversamente dall'enunciato principio, il comma 3-bis dell'art. 85 della legge regionale della Liguria n. 18 del 1999, come introdotto dalla successiva legge regionale n. 17 del 2011, ha previsto che «le autorizzazioni agli scarichi domestici e assimilati, (...), valide per quattro anni dal momento del rilascio, nel caso che sussistano gli stessi presupposti e requisiti, possano intendersi «tacitamente rinnovate di quattro anni in quattro anni». Né vale a salvare dalla censura di illegittimità costituzionale la norma impugnata quanto stabilito dall'ultimo capoverso del comma 8 dell'art. 124 del codice dell'am-

biente, il quale - ai sensi del comma 3 del medesimo articolo - consente al legislatore regionale di prevedere forme di rinnovo tacito di autorizzazioni agli scarichi idrici esclusivamente «per specifiche tipologie di scarichi “di acque reflue domestiche”» individuate «in modo puntuale». La norma regionale censurata, al contrario, prevede un generalizzato rinnovo tacito delle autorizzazioni agli scarichi non solo «domestici», ma anche di quelli a questi «assimilati», e, quindi, non meglio individuati, discostandosi, altresì, anche dal dettato dell'art. 101 del medesimo d.lgs. n. 152 del 2006, che, a sua volta, fissando i criteri generali della disciplina degli scarichi, al comma 7, lettera e), recita: «ai fini della disciplina degli scarichi e delle autorizzazioni, sono assimilate alle acque reflue domestiche le acque reflue (...) aventi caratteristiche qualitative equivalenti a quelle domestiche e indicate dalla normativa regionale».

4.1.2. - Così disponendo, inoltre, la normativa regionale censurata sottrarrebbe, di fatto, all'autorità competente la possibilità di verifica del perdurare delle condizioni richieste per ottenere il rinnovo dell'autorizzazione, venendo, conseguentemente, a vanificare lo scopo che il legislatore statale vuole perseguire con il comma 8 dell'art. 124 del sopra ricordato decreto legislativo, cioè quello di verificare periodicamente la presenza delle condizioni individuate come necessarie per la concessione dell'autorizzazione allo scarico idrico richiesto, al fine di assicurare forme di protezione ambientali adeguate e «standard» uniformi di tutela delle medesime sull'intero territorio nazionale.

4.2. - Ad ulteriore conferma dell'illegittimità costituzionale della norma impugnata per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., si ricorda che questa Corte ha ripetutamente affermato la necessità che il provvedimento autorizzatorio in tema di scarichi idrici (più in generale, di smaltimento dei rifiuti), «venga concesso previa positiva verifica della esistenza dei requisiti necessari al rilascio» dello stesso (sentenze n. 234 del 2010 e n. 62 del 2008), dichiarando l'illegittimità costituzionale di norme delle Regioni che prevedevano forme di «*prorogatio* destinata[e] a surrogare, *ex lege* ed in forma automatica, i controlli tipici dei procedimenti amministrativi di rinnovo delle autorizzazioni», in quanto tale disciplina, da un lato, non «garantisce che le autorizzazioni in corso di “esercizio” (originario o prorogato) [siano] state - *ab origine* o in sede di proroga - assoggettate a valutazione di impatto ambientale; dall'altro, il perdurante regime normativo di mantenimento dello status quo cristallizza, *ex lege*, l'elusione dell'obbligo e, con esso, attraverso il meccanismo della legge-provvedimento, il mancato rispetto della normativa dettata in materia riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato» (sentenza n. 67 del 2010).

4.3. - La norma in esame della Regione Liguria, pertanto, ponendosi in contrasto con il comma 8 dell'art. 124 del d.lgs. n. 152 del 2006 ed apprestando al predetto bene ambientale una tutela inferiore rispetto a quella assicurata dalla normativa statale (sentenza n. 234 del 2010), è costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost.

5. - Restano assorbiti gli ulteriori motivi di censura.

P.Q.M.

la Corte Costituzionale

dichiara l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Liguria 5 luglio 2011, n. 17, recante «Modifica alla legge regionale 21 giugno 1999, n. 18 (Adeguamento delle discipline

e conferimento delle funzioni agli enti locali in materia di ambiente, difesa del suolo ed energia) e successive modificazioni ed integrazioni», che aggiunge all'articolo 85 della legge della Regione Liguria 21 giugno 1999, n. 18, il comma 3-bis. (... *Omissis*...).

(1) Illegittima la proroga “di diritto” delle autorizzazioni agli scarichi domestici e assimilati per contrasto con il Codice dell'ambiente: annullata la l.r. Liguria n. 17/2011 che tentava di eludere il controllo dell'autorità competente.

Sommario: 1. *La normativa impugnata e il precedente della Corte Costituzionale.* - 2. *L'accoglimento “secco” della Corte Costituzionale.* - 3. *Il divieto del silenzio in materia ambientale e il mancato pronunciamento della Corte Costituzionale.*

1. La normativa impugnata e il precedente della Corte Costituzionale.

Con la l.r. 5 luglio 2011, n. 17, composta di un articolo unico, il legislatore ligure ha modificato l'art. 85 della l.r. Liguria 21 giugno 1999, n. 18, già relativo alle autorizzazioni agli scarichi in materia ambientale, aggiungendovi il comma 3-bis, secondo cui le autorizzazioni agli scarichi domestici e assimilati, ad esclusione di quelli relativi alle acque reflue industriali, “sono valide per quattro anni dal momento del rilascio e, qualora ne sussistano gli stessi presupposti e requisiti, si intendono tacitamente rinnovate di quattro anni in quattro anni”.

La semplificazione che con detta modifica legislativa si voleva attuare non è stata, del resto, una scelta del tutto isolata, dal momento che già altre regioni, anche se in ambiti parzialmente diversi ma pur sempre riconnessi alla materia ambientale, avevano provveduto a introdurre autorizzazioni con proroghe “di diritto”.

In tal senso, infatti, a mero titolo esemplificativo, si era mossa la Sicilia, la cui delibera legislativa del 25 novembre 2008 (recante «*Norme sulla proroga delle autorizzazioni all'esercizio di cava e sull'aggiornamento del piano regionale dei materiali da cava e del piano regionale dei materiali lapidei di pregio*»), all'art. 1, prevedeva che, ove non fosse stato completato il programma di coltivazione autorizzato, le autorizzazioni già rilasciate fossero tutte indistintamente “prorogate di diritto” senza alcuna condizione e con termini di durata variabili, a prescindere dalla estensione delle aree interessate e dall'eventuale regime vincolistico degli ambiti territoriali in cui le stesse ricadevano. Lo stesso aveva fatto la Campania che, con l.r. 6 novembre 2008, n. 14 (recante «*Norma urgente in materia di prosecuzione delle attività estrattive*»), stabiliva una eccezionale *prorogatio* destinata a surrogare, *ex lege* ed in forma automatica, i controlli tipici dei procedimenti amministrativi di rinnovo delle autorizzazioni alla coltivazione delle cave.

Proprio su questi due analoghi casi era, tuttavia, già intervenuta la Corte Costituzionale che, con la sent. n. 67 del 2010 (1), ne aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale per il contrasto con l'art. 117, comma 2, lett. s), Cost. In quella occasione, infatti, si era verificato che le ridette autorizzazioni (anche per una regione a statuto speciale, quale è la Sicilia) erano da ricondursi alla competenza esclusiva del legislatore statale in materia di ambiente, materia che, a sua volta, secondo un orientamento ormai consolidato della stessa Consulta(2), “viene a funzionare come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in

altre materie di loro competenza, salva la facoltà di queste ultime di adottare norme di tutela ambientale più elevata nell'esercizio di competenze, previste dalla Costituzione, che concorrano con quella dell'ambiente". E, venendo a trattare più specificamente dell'automatismo con cui i legislatori regionali avrebbero voluto consentire la proroga delle autorizzazioni, si rilevava che dette proroghe "di diritto", sostituendosi al provvedimento amministrativo di rinnovo, altro non erano che una elusione dell'osservanza della relativa procedura già normativamente prevista, oltretutto - e soprattutto - delle garanzie sostanziali che quel procedimento mirava ad assicurare. Garanzie che, sempre ad avviso della Consulta, riposavano sulla necessità di verificare se l'attività oggetto di autorizzazione a suo tempo assentita risultasse ancora "aderente allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della «proroga» o del «rinnovo» del provvedimento di autorizzazione", con esclusione, peraltro, di qualsiasi sindacato da parte del giudice comune.

Nonostante la - cronologicamente antecedente - presa di posizione da parte della giurisprudenza costituzionale, il legislatore ligure ha, dunque, ritenuto di percorrere la medesima strada già intrapresa dalla Sicilia e dalla Campania e, per questa via, è andato ugualmente incontro ad un'annunciata declaratoria di illegittimità costituzionale sul punto. Lo Stato, in persona del Presidente del Consiglio, infatti, ha promosso questione di legittimità della nuova legge regionale appuntandosi su due profili di costituzionalità. Secondo il ricorrente, infatti, la norma impugnata sarebbe stata in contrasto con l'art. 117, comma 2, lett. s) Cost., sia in relazione all'art. 124, comma 8, del d.lgs. n. 152 del 2006 (di seguito, più comunemente, denominato "Codice dell'ambiente"), il quale prevede che l'autorizzazione relativa agli scarichi sia valida per quattro anni dal momento del rilascio, con l'obbligo di rinnovo della stessa un anno prima della scadenza, "così escludendo ogni possibilità di rinnovo tacito", sia con l'art. 20, comma 4, della l. 7 agosto 1990, n. 241, che non ammette il "silenzio" della pubblica amministrazione (inteso quale comportamento volto a significare assenso o dissenso al rilascio di provvedimenti autorizzativi) in materia di ambiente. Nessun rilievo, al contrario, assumeva, sempre ad avviso dello Stato, l'ultimo capoverso dell'art. 24, comma 8, del Codice dell'Ambiente, dal momento che la norma medesima prevede ipotesi di rinnovo tacito solo per specifiche tipologie di scarichi di acque reflue domestiche, da individuarsi dal legislatore regionale in modo puntuale e non generalizzato.

2. L'accoglimento "secco" della Corte Costituzionale.

Benché il ricorrente non abbia, dunque, fatto alcun esplicito cenno al precedente della Corte Costituzionale in materia, quest'ultima, nel motivare l'accoglimento "secco" della questione di legittimità prospettata in relazione al contrasto - a mezzo dell'art. 117, comma 2, lett. s), Cost. - con il solo art. 124, comma 8, del Codice dell'ambiente (e non anche con l'art. 20, comma 4, della l. n. 241/1990 che è invece stata ritenuta assorbita), vi ha, invece, fatto espresso riferimento. Dopo aver riaffermato che gli scarichi idrici rientrano, per l'appunto, nella competenza legislativa statale di cui all'art. 117, comma 2, lett. s), Cost.(3), e dopo aver aggiunto che la norma impugnata si discostava pure dal dettato dell'art. 101, comma 7, lett. e), del Codice dell'ambiente, che fissa i criteri generali della disciplina degli scarichi, specificando quali acque reflue sono assimilate alle acque reflue domestiche(4), ha poi, infatti, chiarito che la

normativa regionale censurata, così come formulata, "sottrarrebbe, di fatto, all'autorità competente la possibilità di verifica del perdurare delle condizioni richieste per ottenere il rinnovo dell'autorizzazione, venendo, conseguentemente, a vanificare lo scopo che il legislatore statale vuole perseguire con il comma 8 dell'art. 124 del sopra ricordato decreto legislativo, cioè quello di verificare periodicamente la presenza delle condizioni individuate come necessarie per la concessione dell'autorizzazione allo scarico idrico richiesto, al fine di assicurare forme di protezione ambientali adeguate e «standard» uniformi di tutela delle medesime sull'intero territorio nazionale".

E, richiamandosi ai propri precedenti in materia (la già citata sent. n. 67 del 2010, ma poi anche le sentt. nn. 234 del 2010 e 62 del 2008(5)) ha, altresì, precisato che è necessario che il provvedimento autorizzatorio in tema di scarichi idrici (e, più in generale, di smaltimento dei rifiuti), «venga concesso previa positiva verifica della esistenza dei requisiti necessari al rilascio» dello stesso, ritenendo illegittime norme regionali che "prevedevano forme di «*prorogatio* destinata a surrogare, *ex lege* ed in forma automatica, i controlli tipici dei procedimenti amministrativi di rinnovo delle autorizzazioni», in quanto tale disciplina, "da un lato, non «garantisce che le autorizzazioni in corso di esercizio (originario o prorogato) [siano] state - *ab origine* o in sede di proroga - assoggettate a valutazione di impatto ambientale; dall'altro, il perdurante regime normativo di mantenimento dello *status quo* cristallizza, *ex lege*, l'elusione dell'obbligo e, con esso, attraverso il meccanismo della legge-provvedimento, il mancato rispetto della normativa dettata in materia riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato»".

3. Il divieto del silenzio in materia ambientale e il mancato pronunciamento della Corte Costituzionale.

Come già accennato, la Corte Costituzionale ha invece ritenuto assorbita la questione di legittimità sollevata in relazione al riferito contrasto con l'art. 20, comma 4, della l. n. 241/1990, ritenendo prioritario pronunciarsi in ordine alla coerenza della legislazione regionale con la tutela approntata dallo Stato in tema di autorizzazione agli scarichi idrici. Così facendo, dunque, si è trattenuta su un terreno già arato, quale poteva dirsi quello delle autorizzazioni prorogate "di diritto" illegittimamente approntate dal legislatore regionale in una materia, quella dell'ambiente, di esclusiva competenza statale, non prendendo posizione in ordine all'ampiezza della deroga espressa al principio del silenzio-assenso della pubblica amministrazione in alcune materie (tra cui proprio l'ambiente) specificamente previste ai sensi dell'ora richiamato art. 20, comma 4, della l. n. 241/1990(6). Anche se, tra le righe, un chiaro monito al legislatore regionale è stato dato dalla stessa Consulta con l'ord. n. 258 del 2011(7), specie laddove ha evidenziato le contraddittorietà in cui era incorso il giudice rimettente nel mostrarsi, da un lato, consapevole dell'incompatibilità di certi istituti di semplificazione con alcune materie "sensibili", come l'ambiente e, dall'altro, nell'affermare di non poter ritenere implicitamente abrogata la legge regionale impugnata per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 20, comma 4, della l. n. 241/1990 che, anche nella formulazione vigente all'epoca dei fatti, prevedeva la necessità di un provvedimento amministrativo formale in dette materie, e dava dunque al silenzio serbato dall'amministrazione competente il valore di vero e proprio inadempimento.

Forse, però, qualche maggiore puntualizzazione su questo pro-

filo sarebbe risultata utile sia alla luce degli *input* che in questo senso sembrano provenire dall'Unione europea (8) sia, in ogni caso, in ragione delle difficoltà che la materia dell'ambiente, a ormai più di dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione, continua a creare nel riparto di competenze legislative Stato-regioni. Il legislatore statale, che dovrebbe, infatti, esercitare una competenza esclusiva in materia, sembra preferire la fissazione di "standard minimi di tutela", così da lasciare al legislatore regionale margini di apprezzamento non solo nelle materie che, in via concorrenziale o residuale, gli spettano di diritto e che però vengono in qualche modo incise dal legislatore statale medesimo per il carattere di trasversalità proprio della previsione di cui all'art. 117, comma 2, lett. s) Cost., ma anche nella stessa materia ambientale, laddove appresti garanzie superiori a quelle previste a livello centrale nella cura di interessi funzionalmente collegati. C'è da chiedersi, tuttavia, se non possa farsi risalire ad un simile atteggiamento l'"attivismo" dimostrato dalle regioni, Liguria compresa, nella materia, con il rischio di fraintendimenti più o meno consapevoli anche in altri e diversi settori dell'ordinamento, ivi compreso quello amministrativo e, in specie, in quello delle corrette procedure amministrative da applicare volta per volta e degli istituti di semplificazione che ad esse sono riconnessi.

Francesca Bailo
Dottore di ricerca
Docente a Contratto Università di Genova
Avvocato, Foro di Genova

Note:

(1) Corte cost., sent. 26 febbraio 2010, n. 67, reperibile in *Consulta OnLine*, all'indirizzo <http://www.giucost.org/decisioni>.

(2) A tal proposito, cfr. Corte cost., sentt. nn. 104 del 2008 e 378 del 2007, entrambe in *Consulta OnLine*, cit.

(3) In questo senso, *ex multis*, cfr. Corte cost., sent. 15 luglio 2011, n. 187; Id., sent. 11 febbraio 2011, n. 44; Id., sent. 1° luglio 2010, n. 234; Id., sent. 24 luglio 2009, n. 251, tutte in *Consulta OnLine*, cit.

(4) Occorre, peraltro, segnalare, che l'art. 101, comma 7, del Codice dell'ambiente era già stato fatto oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, su sollecitazione dell'Emilia-Romagna, da parte della Corte Costituzionale (in tal senso cfr. Corte cost., sent. 24 luglio 2009, n. 251) ma la medesima non era neppure entrata nel merito, ritenendo le ragioni addotte dalla ricorrente del tutto generiche e, quindi, inammissibili.

(5) Occorre, peraltro, segnalare che con Corte cost., sent. n. 234/2010, cit., la Corte Costituzionale aveva dichiarato non fondata la prospettata questione di legittimità costituzionale di una disposizione regionale che autorizzava il gestore del servizio idrico integrato ad autorizzare "tutti gli scarichi in pubblica fognatura", ritenendo che in tal caso il legislatore regionale non avesse voluto prevedere la concessione di una autorizzazione "generalizzata e indiscriminata". Con Corte cost., sent. 14 marzo 2008, n. 62, la Corte si era invece pronunciata, tra l'altro, in ordine al regime dei controlli dei rifiuti pericolosi e di autorizzazione alla messa in esercizio di impianti di smaltimento e recupero dei rifiuti. Entrambe le citate decisioni sono reperibili in *Consulta OnLine*, cit.

(6) Sulla deroga al silenzio-assenso in materia ambientale, cfr., *ex multis*, E. Daina, *Il silenzio dell'amministrazione nell'art. 20 della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. di Dir. dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2009, 17 ss.; E. BOSCOLO, *Il perimetro del silenzio-assenso tra generalizzazioni, eccezioni per materia e norme previgenti*, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, 457 ss.

(7) Corte cost., ord. 30 settembre 2011, n. 258, in *Consulta OnLine*, cit.

(8) In questo senso, ad es., cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia, sent. 3 luglio 2008, nel procedimento C-215/06, che è sembrata particolarmente rigorosa nel sindacare "autorizzazioni postume".

T.A.R. Liguria, sez. I, 22 maggio 2012, n. 718 - Pres. Balba - Est. Peruggia - Ministero dell'Università (Avvocatura dello Stato) c. Università degli Studi di Genova (Avv. Cocchi).

PROCESSO amministrativo - intervento volontario in causa - deposito due giorni prima dell'udienza - violazione dei termini di cui agli artt. 45 e 50 C.P.A. - inammissibilità.

(D.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104, artt. 45 e 50)

PROCESSO amministrativo - cessazione della materia del contendere - modifica in parte qua dell'atto impugnato da parte dell'Amministrazione intimata - soddisfacimento delle istanze del ricorrente - sussistenza.

(D.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104, art. 34)

UNIVERSITÀ - Statuto - controllo ministeriale ai sensi della Legge n. 168/1989 - competenza affidata dalla legge al Ministro - principio di separazione funzionale tra attività di indirizzo e programmazione e attività gestionale - competenza del Direttore Generale del MIUR - sussistenza - legittimazione ad agire in capo al Ministero - sussistenza.

(Legge 30 dicembre 2010, n. 240, art. 2; Legge 9 maggio 1989, n. 168, art. 6; D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 4;)

UNIVERSITÀ - statuto - consiglio di amministrazione di ateneo - "designazione" e "scelta" dei componenti - scelta del metodo elettorale - interpretazione letterale e secondo le intenzioni del legislatore - legittimità.

(Legge 30 dicembre 2010, n. 240, art. 2; Legge 9 maggio 1989, n. 168, art. 6)

UNIVERSITÀ - statuto - costituzione degli organi di Ateneo - rispetto del principio democratico - elezione dei componenti - sussistenza - nomina dei componenti - sussistenza.

(Artt. 1 e 97 Cost.; Legge 30 dicembre 2010, n. 240, art. 2; Legge 9 maggio 1989, n. 168, art. 6)

UNIVERSITÀ - statuto - costituzione del consiglio di amministrazione di ateneo - congruità dei due corpi elettorali previsti dalla norma statutaria - mancata deduzione in giudizio - contestazione limitata alla scelta del metodo elettorale - principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato - impossibilità per il giudice di operare la valutazione.

(Legge 30 dicembre 2010, n. 240, art. 2; Legge 9 maggio 1989, n. 168, art. 6; Codice di Procedura Civile, art. 112)

È inammissibile l'intervento volontario in causa depositato due giorni prima dell'udienza fissata per la decisione, poiché dispiacato oltre il termine di giorni trenta stabilito dagli artt. 50 e 45 C.P.A. (1).

Allorquando, nel corso del giudizio, l'Amministrazione intimata abbia apportato all'atto impugnato modifiche che comportino il sod-

disfacimento (parziale o totale) delle istanze del ricorrente, deve essere dichiarata, ex art. 34, comma 5 C.P.A., la cessazione della materia del contendere, con riferimento alle relative censure (2).

Sussiste la legittimazione a ricorrere del Ministero avverso lo Statuto universitario impugnato, avendo esso legittimamente operato il controllo sullo Statuto medesimo. In proposito, infatti, non rileva che l'art. 6 della Legge n. 168/1989 assegni al Ministro la relativa competenza, occorrendo interpretare detta norma alla luce del principio di separazione funzionale tra attività di indirizzo e programmazione e attività gestionale, per cui, essendo il controllo in parola ascrivibile agli atti gestionali, la relativa competenza spetta all'organo di gestione (Direttore generale) e non all'organo politico (Ministro) (3).

È legittima la norma dello Statuto di Ateneo che preveda l'elettività del Consiglio di Amministrazione, posto che l'utilizzo da parte della legge dei termini 'designazione' e 'scelta' per determinare i componenti dell'organo non risulta preclusivo del metodo elettorale, sia interpretando la norma in questione secondo il criterio letterale sia secondo le intenzioni del legislatore, che non ha espressamente escluso il metodo medesimo (4).

È conforme al principio democratico sia la costituzione (diretta) degli organi di Ateneo con sistema elettivo, sia quella (indiretta) mediante nomina o concorso (5).

In ossequio al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il Giudice Amministrativo non può valutare la congruità dei corpi elettorali deputati, secondo lo Statuto di Ateneo, alla elezione del Consiglio di Amministrazione, avendo il Ministero ricorrente dedotto in giudizio l'illegittimità della scelta del metodo elettorale, senza entrare nel merito del sistema elettorale individuato in concreto (6).

(1-6) Lo Statuto dell'Ateneo genovese al vaglio del Giudice Amministrativo: l'attuazione della Legge n. 240/2010 tra autonomia universitaria, controllo ministeriale e garanzia giurisdizionale.

Sommario: 1. Il quadro normativo di riferimento, il nuovo Statuto dell'Università di Genova e i fatti all'origine della controversia. - 2. Le questioni preliminari affrontate dal T.A.R. Liguria: legittimazione attiva del Ministero, competenza e natura del controllo ex art. 6, commi 9 e 10, della Legge n. 168/1989. - 3. (Segue). Sulla natura dell'azione prevista ex art. 6, comma 10, della Legge n. 168/1989 e sulla (im)possibilità di dichiarare cessata la materia del contendere nel caso di specie. - 4. Le questioni di merito affrontate (e non affrontate) dal T.A.R. Liguria.

1. Il quadro normativo di riferimento, il nuovo Statuto dell'Università di Genova e i fatti all'origine della controversia.

La sentenza in esame si colloca nel più ampio contesto dell'attuazione, da parte delle Università, della (ben nota e per più versi contestata) Legge n. 240/2010 (cd. Riforma Gelmini), con specifico riguardo all'adeguamento degli Statuti di Ateneo alla nuova disciplina legislativa del sistema universitario.

In proposito, giova sinteticamente ricordare i contenuti essenziali della predetta legge, che ha riformato il sistema universitario, in attuazione dell'art. 33 Cost. e del nuovo Titolo V della parte II della Costituzione che, all'art. 117, comma 2, lett. n), affida in via esclusiva al legislatore statale la potestà legislativa in ordine alle "norme generali sull'istruzione", mentre assegna alla potestà legislativa concorrente l'"istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della for-

mazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi".

In particolare, ai sensi dell'art. 1, comma 2, della predetta Legge n. 240/2010, "ciascuna università opera ispirandosi a principi di autonomia e di responsabilità. Sulla base di accordi di programma con il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, di seguito denominato «Ministero», le università che hanno conseguito la stabilità e sostenibilità del bilancio, nonché risultati di elevato livello nel campo della didattica e della ricerca, possono sperimentare propri modelli funzionali e organizzativi, ivi comprese modalità di composizione e costituzione degli organi di governo e forme sostenibili di organizzazione della didattica e della ricerca su base policentrica, diverse da quelle indicate nell'articolo 2. Il Ministero, con decreto di natura non regolamentare, definisce i criteri per l'ammissione alla sperimentazione e le modalità di verifica periodica dei risultati conseguiti".

Con specifico riguardo a "Organi e articolazione interna delle università", il successivo art. 2, comma 1, individua gli organi di Ateneo ed i principi per la loro costituzione prevedendo, con particolare riguardo al Consiglio di Amministrazione, i "seguenti principi e criteri direttivi [...] i) composizione del consiglio di amministrazione nel numero massimo di undici componenti, inclusi il rettore, componente di diritto, ed una rappresentanza elettiva degli studenti; designazione o scelta degli altri componenti, secondo modalità previste dallo statuto, tra candidature individuate, anche mediante avvisi pubblici, tra personalità italiane o straniere in possesso di comprovata competenza in campo gestionale ovvero di un'esperienza professionale di alto livello con una necessaria attenzione alla qualificazione scientifica culturale; non appartenenza ai ruoli dell'ateneo, a decorrere dai tre anni precedenti alla designazione e per tutta la durata dell'incarico, di un numero di consiglieri non inferiore a tre nel caso in cui il consiglio di amministrazione sia composto da undici membri e non inferiore a due nel caso in cui il consiglio di amministrazione sia composto da un numero di membri inferiore a undici; previsione che fra i membri non appartenenti al ruolo dell'ateneo non siano computati i rappresentanti degli studenti iscritti all'ateneo medesimo; previsione che il presidente del consiglio di amministrazione sia il rettore o uno dei predetti consiglieri esterni ai ruoli dell'ateneo, eletto dal consiglio stesso; possibilità di prevedere il rinnovo non contestuale dei diversi membri del consiglio di amministrazione al fine di garantire un rinnovo graduale dell'intero consiglio;

l) previsione, nella nomina dei componenti il consiglio di amministrazione, del rispetto, da parte di ciascuna componente, del principio costituzionale delle pari opportunità tra uomini e donne nell'accesso agli uffici pubblici;

m) durata in carica del consiglio di amministrazione per un massimo di quattro anni; durata quadriennale del mandato fatta eccezione per quello dei rappresentanti degli studenti, di durata biennale; rinnovabilità del mandato per una sola volta". Il successivo comma 2 prevede i principi e criteri direttivi per la modifica degli statuti universitari in tema di articolazione interna.

Ai fini delle presenti considerazioni, riveste fondamentale importanza anche il comma 7 del sopra citato art. 2, ai sensi del quale "lo statuto, adottato ai sensi dei commi 5 e 6 del presente articolo, è trasmesso al Ministero che esercita il controllo previsto all'articolo 6 della legge 9 maggio 1989, n. 168, entro centoventi giorni dalla ricezione dello stesso", prevedendo così l'applicazione al procedimento di revisione degli statuti del sistema di controllo ministeriale previsto in origine per la loro adozione.

In particolare, secondo l'art. 6, comma 10, della L. n. 168/1989, "il Ministro può per una sola volta, con proprio decreto, rinviare gli statuti e i regolamenti all'università, indicando le norme illegittime e quelle da riesaminare nel merito. Gli organi competenti dell'università possono non conformarsi ai rilievi di legittimità con deliberazione adottata dalla maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti, ovvero ai rilievi di merito con deliberazione adottata dalla maggioranza assoluta. In tal caso il Ministro può ricorrere contro l'atto emanato dal rettore, in sede di giurisdizione amministrativa per i soli vizi di legittimità. Quando la maggioranza qualificata non sia stata raggiunta, le norme contestate non possono essere emanate".

In attuazione di quanto sopra, le Università italiane hanno progressivamente provveduto, (dimostrando una piuttosto ampia libertà di azione rispetto allo stringente testo legislativo) all'adeguamento dei propri Statuti ed, in particolare, l'Università di Genova ha avviato il procedimento di revisione del proprio Statuto, costituendo, con Decreto rettorale n. 140 del 1° 03.2011, l'organo deputato alla predisposizione del medesimo, ai sensi dell'art. 2, comma 5, della L. n. 240/2010.

Con delibera del Senato accademico del 29.06.2011, previo parere favorevole del Consiglio di Amministrazione del 27.06.2011, è stato assunto il testo del nuovo Statuto di Ateneo.

Con nota prot. n. 16555 del 30.06.2011, il predetto testo è stato trasmesso al MIUR, per il controllo di legittimità e di merito di cui all'art. 2, comma 7, della Legge n. 240/2010 e dell'art. 6, commi 9 e 10, della Legge n. 168/1989, all'esito del quale, con nota prot. n. 4663 del 26.10.2011, il Ministero ha fatto pervenire le proprie osservazioni.

La Commissione per la revisione dello Statuto ha approvato il testo del nuovo Statuto in data 2.12.2011.

Con delibera del 6.12.2011, il Senato accademico ha adottato in via definitiva il nuovo "Statuto dell'Università degli Studi di Genova", emanato con Decreto rettorale 7 dicembre 2011, n. 490 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 290 del 14.12.2011.

Come una buona parte degli Statuti di nuova approvazione, anche quello dell'Ateneo genovese non ha incontrato l'approvazione del M.I.U.R. che, dopo avere formulato molteplici rilievi di merito, che l'Università ha ritenuto di non accogliere, nell'ambito del sopra descritto controllo *ex art. 6*, comma 10, della L. n. 168/1989, ha impugnato lo statuto di fronte al Giudice Amministrativo(1), rilevando, in particolare, l'illegittimità del medesimo con riferimento all'art. 2, comma 1, lett. i) (elezione del Consiglio di Amministrazione) e all'art. 2, comma 2, lett. b), c) e f) (struttura e funzioni dei Dipartimenti e del Consiglio della Scuola) e comma 9 (*prorogatio* degli organi) della L. n. 240/2010 e dell'art. 21 della L. n. 183/2010 (Comitato unico di garanzia).

Nelle more del predetto giudizio, con le Deliberazioni assunte in data 29.02.2012, il Consiglio di Amministrazione e il Senato Accademico dell'Università degli studi di Genova hanno, rispettivamente, espresso parere favorevole e modificato lo "Statuto dell'Università degli Studi di Genova", gravato dal Ministero con il ricorso R.G.R. n. 164/2012, definito con la sentenza in commento, e *in parte qua* dall'interveniente in detto giudizio, con il ricorso R.G.R. 143/2012, al dichiarato fine di conformarsi ai rilievi formulati dal Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca con nota prot. n. 4663 del 26.10.2011 e con nota prot. n. 2671 del 30.01.2012, nonché in sede di impugnazione.

Era, tuttavia, mantenuta ferma la scelta del metodo elettivo per la costituzione del Consiglio di Amministrazione di Ateneo.

2. Le questioni preliminari affrontate dal T.A.R. Liguria: legittimazione attiva del Ministero, competenza e natura del controllo *ex art. 6*, commi 9 e 10, della Legge n. 168/1989.

La sentenza in esame ha affrontato in via preliminare, oltre alla declaratoria di inammissibilità dell'intervento volontario in causa(2), due questioni, che meritano particolare attenzione nelle presenti considerazioni, involgendo la stessa legittimità costituzionale della riforma Gelmini, in rapporto all'autonomia universitaria, e che riguardano la natura del controllo ministeriale sullo statuto delle Università e la natura e disponibilità dell'azione che il MIUR decida eventualmente di esperire all'esito del controllo medesimo.

La soluzione delle predette questioni, pur avendo trovato conferma in un caso analogo(3) e un certo favore della dottrina(4), rivela peraltro le criticità della sentenza in commento, con riferimento alla natura ed alla competenza sul controllo ministeriale di cui alla legge n. 168/1989, nonché con riguardo alle modifiche statutarie operate dall'Università nelle more del giudizio ed alla loro idoneità a determinare la cessazione della materia del contendere.

Quanto alla prima questione, il Giudice Amministrativo ligure ha respinto l'eccezione di difetto di legittimazione attiva del MIUR sollevata dall'Università resistente, per avere operato il controllo previsto dall'art. 6 della L. n. 168/1989 l'organo gestionale del Ministero (Direttore Generale) e non il Ministro, con proprio decreto, come testualmente previsto dalla disposizione legislativa.

Tuttavia, secondo la sentenza in commento, che ha aderito alla prospettazione di cui al ricorso del MIUR, il predetto controllo sarebbe stato legittimamente esercitato dal Direttore generale, in ossequio al principio generale dell'azione amministrativa di separazione funzionale tra organi di indirizzo politico e programmazione e organi di gestione.

Secondo il Giudice Amministrativo ligure, "la scelta operata all'inizio degli anni novanta del decorso secolo di separare le funzioni amministrative da quelle politiche si connota per la sua natura di carattere generale, sì che la differente indicazione contenuta nelle norme introdotte dalla legge istitutiva del ricorrente ministero (la citata legge 9.5.1989, n. 168) non è rilevante, ancorché richiamata dalla legge sulla riforma universitaria del 30.12.2010, n. 240.

Infatti il legislatore del 2010 non avrebbe potuto attribuire una competenza di tipo amministrativo ad un organo di natura politica senza sovvertire il ricordato principio generale introdotto nel 1993, consolidatosi con i decreti legislativi 18.8.2000, n. 267 e 30.3.2001, n. 165.

Ciò non significa che una legge ordinaria non possa derogare in qualche misura al canone generale ricordato, ma per ritenere ciò è necessaria una maggior chiarezza da parte dell'articolato, che nella specie non è ravvisabile.

Deve pertanto concludersi che la legge 30.12.2010, n. 240 non ha istituito una competenza del ministro ad operare nel sindacato degli statuti universitari, per cui la verifica di legittimità di uno statuto d'ateneo non può che spettare al direttore generale; alla stessa stregua non si rileva alcun profilo che induca a considerare necessario il decreto in luogo della nota in questione, che nell'intendimento dell'amministrazione centrale poteva significare la volontà di tenere aperto il dialogo con l'università di Genova, cosa in effetti verificatasi per quel che riguarda le parti dello statuto che sono state conformate a legge".

In altri termini, secondo il T.A.R. Liguria il controllo in parola sarebbe riconducibile alla sfera degli atti gestionali, con la conseguenza che la disposizione legislativa che lo prevede dovrebbe

essere interpretata, come la altre contrastati con detto principio, alla luce della norma di principio di cui all'art. 70, comma 6, del D.Lgs. 30 marzo 2011, n. 165, recante "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", ai sensi del quale "a decorrere dal 23 aprile 1998, le disposizioni che conferiscono agli organi di governo l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi di cui all'articolo 4, comma 2, del presente decreto, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti".

Tuttavia (e qui si rivela il *punctum dolens* del ragionamento svolto dalla sentenza in commento), è legittima qualche perplessità in ordine alla natura gestionale del controllo di legittimità e merito svolto dal MIUR sugli statuti universitari.

Infatti, contro la tesi sostenuta dal Giudice ligure depongono sia il dato letterale della legge sia natura eccezionale e peculiare del controllo medesimo.

In proposito, si richiama il recentissimo orientamento (opposto a quello della sentenza in esame e maggiormente condivisibile, alla luce del principio costituzionale di autonomia universitaria) tenuto dal T.A.R. Sicilia in ordine alla legittimità dello Statuto dell'Università di Catania(5).

Secondo il Giudice siciliano, che ha addirittura definito il giudizio con sentenza in forma semplificata ex art. 60 C.P.A., accogliendo le argomentazioni dell'Università resistente, sussiste "l'incompetenza del Direttore generale del Ministero ad esercitare (in luogo del Ministro) il controllo di legittimità e di merito (ex art. 2 L. 240/2010 ed art. 6, commi 9 e 10, L. n. 168/1989), sul nuovo statuto approvato dall'Università di Catania (e ciò a prescindere da ogni altra valutazione in rito, o in merito [...])".

Infatti, la predetta sentenza, sviscerando (ci pare opportunamente e, in ogni caso, più approfonditamente del Giudice ligure) la questione della natura e della competenza del controllo ministeriale, ha "osservato in proposito quanto segue:

7.a) l'art. 6, comma 10, della L. n. 168/1989 attribuisce espressamente al "Ministro" un preciso e tipico potere (esterno) di controllo (di legittimità e di merito) da esercitarsi a mezzo decreto (nella forma della richiesta di riesame) su quello che è, e resta, un fondamentale atto proprio dell'Università, ente dotato di peculiare autonomia organizzativa-statutaria costituzionalmente garantita (cfr. art. 33, u.c., Cost.). Per la testuale formulazione della norma e l'ascrivibilità dello statuto alla detta sfera di qualificata autonomia degli atenei, non sembra si possa fondatamente parlare di competenza meramente "gestionale" del Ministero, rientrando, oggi, nelle attribuzioni del dirigente;

7.b) proprio l'assegnazione al Ministro di un potere di controllo, anche, di merito, ne conferma l'alta funzione di indirizzo politico-amministrativo (ossia, tale da coinvolgere gli stessi profili di opportunità o meno delle scelte statutarie); funzione che è confermata dal variegato elenco di funzioni ministeriali contemplato dall'art. 2 della L. n. 168/1989 ai fini del coordinamento dell'attività degli atenei nazionali;

7.c) circa l'attribuzione al Ministro del controllo, anche, di legittimità, è da dire che esso è espressione di un potere "ancillare" rispetto al potere di amministrazione attiva che si esprime nello statuto. Secondo i principi, la legge richiede che all'atto giuridicamente perfetto (perché emanato dall'Amministrazione attiva competente e completo di tutti i suoi elementi essenziali), si aggiunga un ulteriore specifico requisito esterno (c.d. "di efficacia"). E tale atto è proprio dell'Organo di controllo (nella specie: il Ministro) che è del tutto estrinseco all'atto di amministrazione attiva e quindi non coinvolge alcun interesse sostanziale dell'Organo controllante (tale da riverberarsi, come meglio si dirà in seguito, in una qualificata posizione legittimante dell'Organo stesso);

7.d) la Dottrina ha da tempo analizzato ed enunciato tali principi, e pur nel variare delle leggi, si può ben dire che la struttura, teorico-domatica, sopra delineata sia rimasta immutata. Essa, inoltre, modella - necessariamente - il rapporto che viene a stabilirsi tra Organo controllante ed Organo controllato, che è di natura interorganica e non intersoggettiva; e ciò implica che il potere dell'uno sugli atti dell'altro deve esercitarsi nei limiti, nelle forme e nei tempi tassativamente sanciti dalla legge, sotto pena di "consumazione" del potere medesimo e, quindi, consolidazione (efficacia) degli atti amministrativi che abbiano comunque superato il procedimento del controllo".

Pertanto, risulta difficile, alla luce delle predette considerazioni, relegare il controllo ministeriale in parola ad atto gestionale *tout court*, involgendo, come correttamente osservato dal T.A.R. Catania, l'autonomia statutaria delle Università, ad esse conferita direttamente dalla Costituzione, con la conseguenza che detto controllo comporta l'esercizio della funzione di indirizzo politico-amministrativo del Ministro e non di mera attività gestionale(6). A sostegno della propria tesi, la sentenza sopra citata richiama la giurisprudenza del Consiglio di Stato(7) e del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana(8), che hanno contribuito a definire la natura del controllo ministeriale sugli statuti universitari come sopra delineata, la quale, oltre ad incidere sulla competenza (politica o gestionale) allo svolgimento del medesimo, riveste natura fondamentale anche con riguardo alla natura dell'azione ministeriale nati il Giudice Amministrativo e conduce le presenti considerazioni alla seconda fondamentale questione preliminare affrontata dalla sentenza in commento.

3. (Segue). Sulla natura dell'azione prevista ex art. 6, comma 10, della Legge n. 168/1989 e sulla (im)possibilità di dichiarare cessata la materia del contendere nel caso di specie.

Sempre in via preliminare, il Giudice amministrativo ligure ha dichiarato cessata la materia del contendere, con riguardo a quelle disposizioni statutarie oggetto di censura ministeriale, modificate dall'Università successivamente all'instaurazione del giudizio(9).

Tuttavia, se il T.A.R. Liguria avesse accolto, sul piano dei principi, il diverso orientamento, con riguardo alla natura del controllo ministeriale e della relativa azione giurisdizionale, fatto proprio dalla giurisprudenza sopra riportata, la predetta declaratoria di cessata materia del contendere avrebbe potuto essere scongiurata e condurre ad un più completo e soddisfacente apprezzamento delle questioni poste *sub iudice*.

A ben vedere, inoltre, nel caso di specie affrontato dalla sentenza impugnata, la cessazione della materia del contendere non poteva essere pronunciata anche in concreto, con riguardo al ricorso proposto dal MIUR avverso lo Statuto dell'Università di Genova. In primo luogo, quanto all'impossibilità di dichiarare cessata la materia del contendere, avuto riguardo alla natura dell'azione prevista ex art. 6, comma 10, della Legge n. 168/1989, si osserva che, come confermato dai principi e dall'insegnamento giurisprudenziale sopra riportati(10), l'impugnativa del MIUR, che non è quella prevista in generale per tutti gli atti amministrativi, ma è prevista espressamente *ex lege*, con legittimazione speciale e straordinaria, si inserisce a conclusione del complesso ed articolato procedimento di formazione dello Statuto, per dirimere un conflitto fra organi riconducibili allo stesso plesso amministrativo e, nello stesso tempo, garantire il rispetto del principio di autonomia universitaria, consentendo pertanto al Ministero di adire, in via eccezionale, la via giurisdizionale, come *extrema ratio* di tutela del medesimo principio, in caso di disaccordo tra Ministero e Università sul testo statutario approvato da quest'ultima.

La predetta impugnazione e la conseguente esecuzione della pronuncia resa in tale sede costituisce, pertanto, fase *ex lege* prevista, nell'ambito del procedimento di formazione dello Statuto, all'esito della quale, o sarà confermato il testo statutario approvato dall'Università ovvero, in caso di annullamento del medesimo, in ragione dell'efficacia *ex tunc* dell'annullamento giurisdizionale, sarà restituito all'organo dell'Amministrazione attiva la doverosa funzione di nuovo esercizio del potere amministrativo, secondo il *dictum* del Giudice.

Da quanto sopra esposto, derivano due fondamentali conseguenze: da un lato, l'Università non avrebbe potuto neppure approvare le modifiche statutarie successivamente all'instaurazione del giudizio davanti al Giudice Amministrativo da parte del MIUR, né il Ministero accoglierle, proprio a garanzia dell'autonomia universitaria, dall'altro, né l'Università né il MIUR avrebbero potuto chiedere la dichiarazione della cessazione della materia del contendere, in ragione dell'indisponibilità dell'impugnativa in discorso.

In primo luogo, costituendo l'impugnazione ministeriale una fase procedimentale (seppur eventuale), non rientra nella disponibilità del Ministero ricorrente, una volta esperita, pena la violazione del principio di autonomia universitaria, a causa del venir meno della garanzia giurisdizionale prevista dalla legge. In secondo luogo, l'impugnativa ministeriale non è finalizzata alla tutela di un interesse proprio del Ministero medesimo, ma alla garanzia del fondamentale principio dell'autonomia statutaria, in ragione delle norme che la prevedono e del momento procedimentale in cui è inserita, da cui emerge incontrovertibilmente detta finalità di tutela.

Pertanto, una volta introdotto il ricorso, non è più nella disponibilità del Ministero rinunciare agli atti o chiedere la dichiarazione di cessazione della materia del contendere, proprio alla luce della particolarità della funzione che il Giudice riveste, di garante dell'autonomia universitaria, nella soluzione del conflitto tra Ministero e Università, con la conseguente ineludibilità del giudizio di legittimità in ordine al procedimento di formazione dello Statuto ed al rispetto del principio di autonomia universitaria medesimo.

Altrimenti opinando, ove l'art. 6, comma 10, della Legge n. 168/1989, che prevede l'impugnazione ministeriale, fosse inteso nel senso di tutelare l'interesse proprio del Ministero ad imporre le proprie norme di dettaglio all'Università, detta norma sarebbe incostituzionale, ponendosi in contrasto con il predetto principio.

Peraltro, portando alle estreme conseguenze il ragionamento del Giudice ligure, la legge avrebbe ragionevolmente offerto al Ministero una ulteriore via amministrativa per imporre la propria volontà all'Università, ad esempio consentendo un secondo controllo di legittimità e di merito, ovvero un rimedio amministrativo, invece escluso dalla chiara indicazione dell'art. 6, comma 10, così impedendo, ad esempio, al Ministero di proporre finanche il ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Tale ultima esclusione, derivante dal testo legislativo sopra riportato, conferma ulteriormente che l'impugnazione del Ministero è speciale ed eccezionale e non può essere in alcun modo ricondotta alla legittimazione generale, che lo stesso ovviamente possiede, come tutti i portatori, pubblici e privati, di interessi legittimi.

Al contrario, la previsione di uno (e uno solo) controllo di legittimità e di merito e, in caso di mancata conformazione dell'Università al medesimo, la previsione della via giurisdizionale, conferma la *ratio* di tutela dell'impugnazione, volta ad ovviare l'imposizione all'Università delle istanze ministeriali.

Pertanto, la *ratio* delle norme sopra richiamate conduce a con-

dividere la tesi per cui, con riferimento all'impugnazione ministeriale, prevista dal ridetto art. 6, comma 10, della Legge n. 168/1989, non è ravvisabile un interesse proprio in capo al Ministero ricorrente (per esempio, di natura politica), né la disponibilità dell'azione a seguito della proposizione del ricorso, ma la garanzia della legittimità e correttezza del procedimento conclusosi e del principio costituzionale di autonomia universitaria. Nella prospettiva sopra riportata, la circostanza della natura satisfattiva delle istanze del MIUR delle modifiche statutarie approvate dall'Università nelle more del giudizio perde pregio, in assenza di interessi propri del medesimo, nell'ambito di un giudizio che non è volto ad imporre all'Università l'adeguamento alle istanze ministeriali, ma a garantire la legittimità dell'azione amministrativa, nella specie lo Statuto, e, nel contempo, l'autonomia universitaria, con la conseguenza che la sentenza in commento non avrebbe potuto dichiarare cessata la materia del contendere.

Con specifico riferimento al ricorso proposto dal Ministero avverso lo Statuto dell'Ateneo genovese, quand'anche si ritenesse che la previsione legislativa dell'impugnazione ministeriale fosse volta a tutelare l'interesse del Ministero a vedere accolte le proprie istanze (con le conseguenti problematiche di costituzionalità della stessa), interesse pertanto diverso da quello della verifica da parte del Giudice del rispetto del principio di legalità e di autonomia universitaria, con conseguente disponibilità dell'azione in capo alle parti, suscita qualche perplessità che le modifiche statutarie approvate dall'Università fossero idonee a soddisfare l'interesse ministeriale, a fronte della loro parzialità (rispetto alle osservazioni ministeriali stesse) ed alla luce dell'impugnativa integrale dello Statuto da parte del MIUR(11). Quanto alla parzialità della modifica statutaria medesima ed al contenuto sostanziale dell'impugnazione ministeriale, si osserva che, in primo luogo, il ricorso del MIUR, come si evince chiaramente dall'epigrafe del medesimo, è stato proposto per l'annullamento integrale dello Statuto dell'Ateneo genovese.

In ogni caso, non pare che il T.A.R. Liguria abbia adeguatamente apprezzato la natura dell'impugnazione, a prescindere dalla richiesta di annullamento *in parte qua*, contenuta nel *petitum* del ricorso, coinvolgendo le censure dedotte l'intera impostazione statutaria con conseguente impossibilità di accoglimento o rigetto parziale del ricorso.

Inoltre, l'impugnazione proposta, oltreché volta all'annullamento integrale dello Statuto, è altresì inscindibile, riguardando le norme fondamentali dello Statuto, quali la composizione e la struttura degli organi di governo (Consiglio di Amministrazione, Consiglio della Scuola, Preside della Scuola) e delle strutture fondamentali dell'Ateneo, nonché le loro funzioni (in particolare, il riparto di competenza tra scuole e dipartimenti) e non consente alla parte di Statuto non interessata direttamente dalle censure in parola di resistere all'annullamento, non sussistendo in capo alle stesse la necessaria autonomia.

D'altra parte, lo stesso Ministero ha dichiarato di aderire alla richiesta di dichiarazione di cessazione della materia del contendere formulata dall'Università, salvo poi ribadire alcuni dei motivi di gravame proposti con il ricorso, per i quali non ritiene di essere stato soddisfatto dalle modifiche apportate dall'Università allo Statuto impugnato.

La seconda obiezione alla declaratoria di cessata materia del contendere operata dalla sentenza impugnata discende dalla natura giuridica dell'istituto in questione, quale elaborata dalla giurisprudenza amministrativa, come vincolata all'integrale soddisfacimento dell'interesse azionato(12), di cui, come detto, è ragionevole dubitare nel caso di specie.

4. Le questioni di merito affrontate (e non affrontate) dal T.A.R. Liguria.

Risolve le questioni preliminari nel senso sopra illustrato, che solo apparentemente pare volto a tutelare l'autonomia universitaria, incorrendo nel rischio opposto di comprimerla, accordando eccessivo rilievo alle obiezioni ministeriali e sminuendo il ruolo di garanzia affidato dalla legge al Giudice Amministrativo nel procedimento di formazione e/o revisione degli statuti universitari, il raggio d'azione del Giudice ligure per la soluzione del merito del ricorso è risultato (alquanto) limitato agli aspetti non coinvolti dalla cessazione della materia del contendere, ancor più laddove si consideri che il giudice medesimo ha ritenuto di dover circoscrivere il proprio sindacato, in ragione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato di cui all'art. 112 C.P.C., alla legittimità o meno della scelta operata dallo Statuto dell'Ateneo genovese in favore del sistema elettorale per la costituzione del Consiglio di Amministrazione e non al merito del sistema medesimo(13).

Quanto alla scelta del sistema elettorale operata dall'Ateneo genovese per la costituzione del Consiglio di Amministrazione, mantenuta ferma anche all'esito del controllo ministeriale e delle successive modifiche operate, il T.A.R. Liguria (seguito dal T.A.R. Piemonte, che ha proposto una soluzione analoga(14)), ha ritenuto legittima detta scelta ed ha respinto sul punto il ricorso del MIUR.

Tuttavia, se la motivazione svolta esprime l'apprezzabile tentativo di tutelare l'autonomia universitaria (seppur con il rischio opposto sopra illustrato) e, contestualmente, di "salvare" la legge n. 240/2010, suscita non poche perplessità, avendo quantomeno forzato il dato letterale del sopra citato art. 2, comma 1, lett. i) della legge medesima.

Infatti, secondo la sentenza in commento, l'utilizzo da parte della legge dei termini "designazione" e "scelta", per determinare i componenti dell'organo, non risulterebbe preclusivo del metodo elettorale, sia interpretando la norma in questione secondo il criterio letterale (con attenzione all'etimologia latina del verbo scegliere) sia secondo le intenzioni del legislatore, che non avrebbe espressamente escluso il metodo elettorale, lasciandone alle Università l'apprezzamento discrezionale.

In particolare, quanto al primo profilo, il T.A.R. Liguria ha affermato, da un lato, che "il collegio non ha difficoltà ad assecondare la tesi dell'amministrazione ricorrente, allorché essa osserva che la nozione di 'designazione' è incompatibile con il metodo elettorale propriamente inteso. Tale termine presuppone infatti la funzione di un soggetto monocratico o collegiale che indica taluno per un determinato incarico in base a dei requisiti di regola predeterminati; si tratta a ben vedere di un'attività incompatibile con quella che si verifica nei procedimenti elettorali, laddove il corpo chiamato alla scelta deve esprimersi sul soggetto più gradito tra quelli candidatisi ed aventi i titoli".

Dall'altro lato, ha ritenuto che "la nozione di 'scelta' sempre contenuta nel capoverso i) della disposizione in questione appare più difficile da ricondurre alla prospettiva delineata dal motivo in rassegna: etimologicamente il vocabolo discende dalla coniugazione al participio passato del verbo scegliere, a sua volta derivato dal latino "ex-eligere", la cui assonanza con la contrastata modalità elettorale non ha necessità di essere spiegata.

Ne consegue che già dal punto di vista lessicale la tesi sostenuta dall'amministrazione statale non è totalmente persuasiva, posto che almeno uno dei due vocaboli utilizzati dal legislatore non esclude del tutto l'opzione esercitata dallo statuto d'ateneo per individuare i membri del consiglio d'amministrazione.

Tale risultato interpretativo va bensì letto alla luce della ricordata volontà del legislatore, che il tribunale può ricostruire solo

dal testo approvato dal parlamento, posto che nessuna delle parti ha prodotto i lavori preparatori che hanno condotto all'approvazione della legge; in proposito non è ovviamente possibile far ricorso alla cosiddetta scienza privata del giudice, che potrebbe solo giovare del ricordo del clima di acceso contrasto che accompagnò l'approvazione della legge.

Ne deriva che non è possibile affermare in questo contesto che il legislatore sicuramente ricusò il metodo elettorale per individuare i componenti del consiglio d'amministrazione, avendo piuttosto optato per limitare l'influenza che, in questi anni, hanno assunti i corpi intermedi della società nel delineare la politica universitaria".

Da quanto sopra, risulta evidente come lo sforzo interpretativo del giudice di risalire addirittura all'etimologia del termine "scelta" sia sintomo di una dato legislativo non proprio chiaro. Del pari, le considerazioni successive sul rapporto tra la norma statutaria in questione e il principio democratico denotano perplessità nel ragionamento seguito, ritenendo, da un lato, che non solo il metodo elettorale sia compatibile con il principio democratico, prevedendo l'ordinamento anche altri meccanismi di "scelta", quali la nomina o il concorso, ma ostinandosi, dall'altro lato, a salvaguardare il metodo elettorale prescelto dallo Statuto genovese, seppur faticosamente riconducibile al dato normativo, salvo che per l'assenza di una espressa preclusione in tal senso.

Se, come pare risultare dalla sentenza in commento e come emerge dalla dottrina che ha comunque guardato con favore alle pronunce che hanno salvato gli statuti impugnati, *ipso facto* per aver sancito la prevalenza delle ragioni delle Università "controllata" su quelle del Ministero "controllore"(15), la ragione fondamentale che ha orientato le statuizioni dei giudici amministrativi in sede di sindacato di legittimità sugli statuti universitari è stata (o, comunque, avrebbe dovuto essere) la salvaguardia del principio costituzionale di autonomia universitaria, si ritiene che, nella specie, l'atteggiamento nei riguardi della L. n. 240/2010 avrebbe potuto essere diverso.

Infatti, in luogo della forzatura del dato legislativo letterale, da un lato, e della dichiarazione di cessata materia del contendere tra Università e Ministero, dall'altro, avallando la (pur dubbia) legittimità dell'operato della prima, sarebbe stata più opportuna o un'interpretazione maggiormente aderente al dato letterale, secondo la prospettazione del MIUR, in favore di un meccanismo non elettivo (peraltro, come riconosciuto dalla sentenza in commento stessa, comunque conforme alla Costituzione), ovvero la proposizione di questione di costituzionalità con riferimento alla violazione del principio di autonomia universitaria *ex art. 33 Cost.*

Chiara Fatta
Avvocato, Foro di Genova

Note:

(1) La medesima sorte è toccata anche agli Statuti delle Università di Catania, Torino (Politecnico), Salento, Perugia, Parma, Reggio Calabria (Mediterranea), Pisa e Trieste. Di detti ricorsi, gli unici definiti sono quelli riguardanti gli Statuti dell'Università di Catania, del Politecnico di Torino, dell'Università del Salento e dell'Università di Perugia, mentre gli altri sono ancora in attesa delle definizioni del merito, che dovrebbe avvenire entro l'anno in corso. Tra questi, la vicenda che più si avvicina al caso genovese è quella del Politecnico di Torino, che ha conosciuto, come si vedrà, anche esito analogo con la sentenza del T.A.R. Piemonte, Sez. I, 30 agosto 2012, n. 983. Negli altri casi, mentre a Perugia e a Parma il contenzioso si è concentrato sul mandato del Rettore e sull'applicabilità allo stesso del regime

di *prorogatio*, previsto dalla Legge n. 240/2010 (si vedano la sentenza del T.A.R. Umbria, Sez. I, 9 luglio 2012, n. 261 e l'ordinanza del T.A.R. Emilia Romagna - Parma, Sez. I, 25 luglio 2012, n. 149), di sicuro rilievo è la pronuncia del T.A.R. Sicilia - Catania, Sez. III, 18 settembre 2012, n. 2181, che ha risolto alcune questioni analoghe al caso ligure in maniera diametralmente opposta. Anche lo Statuto dell'Università di Messina è stato impugnato da alcuni docenti, in punto di *prorogatio* del Rettore in deroga alla legge. Il ricorso è stato accolto dal T.A.R. Sicilia - Catania con sentenza, Sez. I, 29 ottobre 2011, n. 2586, pronuncia impugnata dal MIUR e dall'Università di Messina nanti il C.G.A. per la Regione Siciliana, il quale ha respinto l'istanza cautelare proposta con Ordinanza 24 febbraio 2012, n. 132.

(2) Pur risultando, in astratto, pacifica la declaratoria di inammissibilità dell'intervento volontario in causa tardivamente proposto, è corretto specificare come, nel caso di specie, l'atto di intervento fosse accompagnato da istanza di rimessione in termini *ex art. 37 C.P.A.*, che il T.A.R. Liguria non ha ritenuto di valutare, motivata dalla sopravvenienza dell'interesse dell'interveniente al ricorso, a seguito dell'avvenuta conoscenza per le vie brevi della richiesta congiunta dell'Università degli Studi di Genova e del MIUR di cessazione della materia del contendere, formulata nelle memorie di replica depositate il 24 aprile 2012, con conseguente impossibilità di intervenire nel ricorso deciso con la sentenza in commento nel rispetto dei termini previsti *ex art. 50 C.P.A.* L'istanza era altresì motivata dalla connessione del ricorso con l'oggetto del ricorso R.G.R. n. 143/2012 e della necessità di una pronuncia del T.A.R. Liguria sul ricorso presentato dal MIUR.

(3) Cfr. la sentenza del T.A.R. Piemonte, Sez. I, 30 agosto 2012, n. 983, che ha respinto il ricorso proposto dal MIUR avverso lo Statuto del Politecnico di Torino.

(4) Cfr. R. Calvano, *L'autonomia universitaria stretta tra legislatore e giudici amministrativi*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 4/2012, nonché, *amplius*, R. CALVANO, *La legge e l'Università pubblica. I principi costituzionali e il riassetto dell'Università italiana*, Napoli, 2012, la quale, pur condividendo la scelta di merito operata dal Giudice ligure, non può che rimarcare la scarsa attenzione ai profili di costituzionalità legati all'impugnazione del MIUR, rispetto all'autonomia universitaria, che la stessa pronuncia in commento pare compromettere.

(5) T.A.R. Sicilia - Catania, Sez. III, 18 settembre 2012, n. 2181.

(6) Il Giudice siciliano specifica, altresì, richiamando la sentenza in commento, che "la natura "gestionale" del potere di controllo in argomento - che si ripete è di legittimità e di merito - non solo non risulta dimostrata dalla parte ricorrente, ma finisce, anche, col porsi in palese contrasto con i ricordati principi di diritto (in tema di autonomia statutaria delle università e di controllo centrale) e con le articolate funzioni di indirizzo che l'art. 2 L. n. 168/1989 attribuisce al Ministro. E questa conclusione il Collegio ritiene di dovere tenere ferma anche a fronte della recente sentenza del T.A.R. Liguria n. 718/2012, richiamata dall'Avvocatura erariale; dato che tale sentenza si limita ad affermare che il potere di controllo *ex art. 6 L. n. 168 cit.* costituirebbe mera attività di gestione [...] senza in alcun modo considerare lo specifico potere di controllo (anche di merito) sancito nella L. n. 168/1989 e gli ampi poteri di indirizzo e vigilanza ivi conferiti al Ministro; nonché il principio di autonomia statutaria delle università, costituzionalmente garantito all'art. 33, u.c. Cost. (attuato proprio a partire dalla citata legge 168 del 1989)".

(7) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 1998 n. 1269.

(8) Cfr. Cons. Giust. Amm. va Reg. Sic., sentenze nn. 506/1998 e 564/1999.

(9) In particolare, trattasi degli artt. 19, comma 5; 28; 34, comma 3; 44, comma 4; 46, comma 1, lett. c), d), f) ed h); 47, comma 1, dello Statuto.

(10) Cfr., ancora, T.A.R. Sicilia - Catania, Sez. III, 18 settembre 2012, n. 2181, secondo cui dai principi in precedenza affermati sulla spettanza del potere di controllo, "deriva il logico corollario per cui il Ministero (quale titolare di un poliedrico potere esterno di vigilanza, modellato in termini di richiesta di riesame dell'atto) non può avere alcuna legittimazione di ordine generale per l'impugnativa dello statuto allorché esso abbia, comunque, superato il controllo. Un caso simile è stato esaminato dal Cons. di Stato (cfr. sent. n. 3536 del 22 giugno 2000, Sez.

IV) ed ivi è stato osservato come nel vigente ordinamento, l'imputazione di un interesse ad un Ente pubblico avviene attraverso l'attribuzione di concreti poteri, idonei a consentirne la cura, anche mercé l'attivazione degli strumenti di tutela in via d'azione quando si tratti di difesa della propria sfera di competenza che risulti lesa dai provvedimenti di un'altra Amministrazione; sicché, argomentando *a contrario*, un Ente pubblico di controllo (nella fattispecie: Regione e Comitato regionale di controllo) non può dirsi legittimato all'impugnazione di un atto che si presume lesivo, ma che si colloca al di fuori delle sue competenze e non rientra perciò nell'ambito degli interessi di sua pertinenza (e si è già detto, nel caso in esame, come lo statuto d'Ateneo sia atto proprio dell'Università)". Peraltro, "quanto da ultimo osservato (in ordine al difetto di legittimazione dell'organo di controllo ad impugnare atti che abbiano superato *ex lege* il relativo procedimento), è conclamato, nel caso in esame, dal fatto che la stessa L. n. 168/1989, al comma 10 dell'art. 6, riconosce al Ministro la possibilità di impugnare lo statuto in un unico e solo caso: quando l'Università riapprovi (con maggioranza qualificata) le norme statutarie senza conformarsi ai rilievi (e solo per quelli di legittimità) validamente sollevati dal Ministro stesso in sede di controllo (cfr. giurisprudenza prima riportata in cui si parla di speciale "legittimazione *ex lege*": Cons. St. sent. n. 1269/198 Sez. VI)".

(11) Peraltro, dette modifiche statutarie, operate successivamente all'instaurazione del giudizio di fronte al Giudice Amministrativo, hanno suscitato perplessità quanto alla loro legittimità rispetto al procedimento di revisione dello statuto *ex lege* previsto e sono state oggetto di separata impugnazione. R.g.r. n. 143/2012.

Sinteticamente, si osserva in proposito che, a rigore di legge, il procedimento amministrativo per l'approvazione dello Statuto deve ritenersi concluso con la sua pubblicazione, con conseguente consumazione del potere dell'Amministrazione universitaria, la quale può adeguarsi ai rilievi ministeriali operati in sede di controllo, prima ma non dopo la pubblicazione dello Statuto e, addirittura, dopo che il Ministero ha deciso di esperire la via giurisdizionale, atteso che quest'ultima sposta la decisione in ordine alla legittimità del testo statutario in capo al Giudice amministrativo.

(12) Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 31 dicembre 2009, n. 9292.

(13) Infatti, secondo la sentenza in commento, "le enunciazioni contenute nel motivo di impugnazione escludono che l'apprezzamento del collegio possa giungere al vaglio di legittimità della individuazione dei due diversi corpi elettorali operata dallo statuto; la censura è infatti limitata alla contestazione della previsione del sistema elettorale, laddove avrebbe dovuto essere individuata una diversa forma per stabilire chi comporrà il consiglio d'amministrazione dell'ateneo genovese.

In tal senso il collegio ritiene (art. 112 cpc) che la formulazione del motivo non imponga né consenta la valutazione della congruità dei due diversi corpi elettorali alla designazione dei membri dell'importante organo di che si tratta".

(14) Infatti, secondo la sentenza del T.A.R. Piemonte, Sez. I, 30 agosto 2012, n. 983, che ha respinto il ricorso proposto dal MIUR avverso lo Statuto del Politecnico di Torino, "nella legge 240/2010 il legislatore abbia effettuato un riferimento esplicito alle elezioni con riferimento agli organi (il rettore; il senato accademico; i rappresentanti degli studenti) che ha reputato necessitare di una legittimazione particolarmente forte, per la cui nomina ha conseguentemente ritenuto opportuno assicurare un ampio coinvolgimento del corpo elettorale. La circostanza che, invece, il legislatore non abbia fatto riferimento a meccanismi di tipo elettivo per la nomina dei membri tecnici del consiglio di amministrazione indica semplicemente che il legislatore non ha ritenuto necessario fornire tale organo di una particolare legittimazione esterna, il che denota, unitamente alla comprovata esperienza di cui devono dare prova i candidati alla carica di membro del consiglio di amministrazione, che il legislatore ha inteso attribuire a tale organo una natura più tecnica e meno politica. Questa ultima, tuttavia, non determina l'impossibilità di ricorrere a meccanismi di tipo elettivo per la scelta dei componenti di tale organo, stante che - come già precisato - i meccanismi di tipo elettivo sono oggettivamente idonei ad assicurare sia le funzioni rappresentative e partecipative, sia a svolgere un ruolo meramente selettivo. Da questo punto di vista il fatto che la legge 240/2010 usi i termini "designazione" e "scelta", con riferimento alla nomina dei membri del consiglio di amministrazione, indica sempli-

Massime

Corte Costituzionale, 23 gennaio 2012, n. 15 - Pres. Quaranta - Rel. Criscuolo.

PREVIDENZA - iscrizione alla gestione previdenziale - familiare coadiutore del socio - parificazione rispetto alla posizione del socio in una società a responsabilità limitata.

(Art. 2, comma 26, l. 8 agosto del 1995, n. 335; art. 1, comma 203, della l. 23 dicembre 1996, n. 662)

LEGGE DI INTERPRETAZIONE AUTENTICA - attribuzione di significato già in essa contenuto e riconoscibile - ragionevolezza - tutela della certezza del diritto e dell'eguaglianza - motivi imperativi di interesse generale ai sensi dell'art. 6 Cedu - margine di apprezzamento degli Stati.

(Artt. 3, 24, 117, primo comma, Cost.; art. 6; art. 12, comma 11, del d.l. n. 78 del 2010, convertito, con modificazioni, dall'art. 1 comma 1, della legge n. 122 del 2010)

LEGGE DI INTERPRETAZIONE AUTENTICA - attività ermeneutica del legislatore diversa da quella rientrante nella funzione giurisdizionale.

(Artt. 102, 111, secondo comma, Cost.; art. 12, comma 11, del d.l. n. 78 del 2010, convertito, con modificazioni, dall'art. 1 comma 1, della legge n. 122 del 2010)

Con riferimento ai presupposti e alla normativa applicabile in relazione all'iscrizione alla gestione previdenziale, la posizione giuridica del familiare coadiutore di un socio in una società commerciale in forma di s.r.l è in tutto parificata a quella del socio. (1)

Non è irragionevole una legge di interpretazione autentica che assegni alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto e riconoscibile come una delle possibili letture del testo, dovendosi, anzi, rinvenirvi una funzione di tutela della certezza del diritto e dell'eguaglianza dei cittadini, principi che possono essere considerati "motivi imperativi di interesse generale" ai sensi dell'art. 6 della Cedu, la cui valutazione rientra, peraltro, nel margine di apprezzamento dei singoli Stati. (2)

L'attività ermeneutica del legislatore in sede d'interpretazione autentica si pone su un piano diverso dall'esercizio della funzione giurisdizionale, inteso come applicazione di norme a fattispecie concrete, non risultandone lesi le attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria, i diritti delle parti nel processo ed il principio della effettività del diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi. (3)

(1-3) La sentenza interviene a dirimere la questione di legittimità costituzionale in via incidentale sollevata dalla Corte d'appello di Genova, con ordinanza del 22 novembre 2010, iscritta al n. 59 del registro ordinanze 2011 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 16, prima serie speciale, dell'anno 2011.

G.CU.

Corte Costituzionale, 13 febbraio 2012, n. 22 - Pres. Quaranta - Red. Silvestri.

PROTEZIONE CIVILE - rapporti finanziari tra Stato e Regioni - potere di conversione - collegamento del de-

creto-legge al caso straordinario di necessità ed urgenza - omogeneità della legge di conversione - emendamenti - estraneità all'oggetto e alle finalità del decreto-legge - illegittimità costituzionale.

(D.l. 29 dicembre 2010 n. 255, art. 2, comma 2-quater; l. 26 febbraio 2011, n. 10, art. 1, comma 1; l. 24 febbraio 1992, n. 225, art. 5, commi 5-quater e 5-quinquies; art. 77, comma 2 Cost.)

PROTEZIONE CIVILE - rapporti finanziari tra Stato e Regioni - utilizzo delle entrate regionali a favore di organismi statali - incompatibilità con l'autonomia di entrata delle Regioni - incompatibilità con l'autonomia di spesa delle Regioni - illegittimità costituzionale.

(D.l. 29 dicembre 2010, n. 255, art. 2, comma 2-quater; l. 26 febbraio 2011, n. 10, art. 1, comma 1; l. 24 febbraio 1992, n. 225, art. 5, commi 5-quater e 5-quinquies; art. 119, comma 1 Cost.)

PROTEZIONE CIVILE - rapporti finanziari tra Stato e Regioni - utilizzo delle entrate regionali a favore di organismi statali - mancanza del legame necessario tra le entrate delle Regioni e le funzioni delle stesse - illegittimità costituzionale.

(D.l. 29 dicembre 2010, n. 255, art. 2, comma 2-quater; l. 26 febbraio 2011, n. 10, art. 1, comma 1; l. 24 febbraio 1992, n. 225, art. 5, commi 5-quater e 5-quinquies; art. 119, comma 4 Cost.)

PROTEZIONE CIVILE - rapporti finanziari tra Stato e Regioni - utilizzo delle entrate regionali a favore di organismi statali - obbligo per le Regioni di destinare risorse aggiuntive per il funzionamento di organi e attività statali - aumenti tributari a carico dei soggetti danneggiati - lesione del principio di ragionevolezza - incompatibilità con il dovere di solidarietà - illegittimità costituzionale.

(D.l. 29 dicembre 2010, n. 255, art. 2, comma 2-quater; l. 26 febbraio 2011, n. 10, art. 1, comma 1; l. 24 febbraio 1992, n. 225, art. 5, commi 5-quater e 5-quinquies; art. 2 Cost.)

PROTEZIONE CIVILE - rapporti finanziari tra Stato e Regioni - utilizzo delle entrate regionali a favore di organismi statali - obbligo per le Regioni di destinare risorse aggiuntive al funzionamento di organi e attività statali - incompatibilità con l'obbligo di prevedere risorse aggiuntive solo per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle funzioni - illegittimità costituzionale.

(D.l. 29 dicembre 2010, n. 255, art. 2, comma 2-quater; l. 26 febbraio 2011, n. 10, art. 1, comma 1; l. 24 febbraio 1992, n. 225, art. 5, commi 5-quater e 5-quinquies; art. 119, comma 5 Cost.)

PROTEZIONE CIVILE - rapporti finanziari tra Stato e Regioni - utilizzo delle entrate regionali a favore di or-

ganismi statali - obbligo per le Regioni di destinare risorse aggiuntive al funzionamento di organi e attività statali - autorizzazione a deliberare gli aumenti fiscali necessari per il presidente della Regione - incompatibilità con la riserva di legge in materia tributaria - incompatibilità con l'autonomia statutaria regionale nell'individuare l'organo titolare della funzione - illegittimità costituzionale.

(D.l. 29 dicembre 2010, n. 255, art. 2, comma 2-quater; l. 26 febbraio 2011, n. 10, art. 1, comma 1; l. 24 febbraio 1992, n. 225, art. 5, commi 5-quater; art. 23 Cost.; art. 123 Cost.)

L'ampliamento del disposto del decreto-legge in sede di conversione dello stesso deve avvenire nel rispetto dei presupposti di necessità ed urgenza di cui all'art. 77, secondo comma, Cost. Sono sprovviste dei requisiti di necessità ed urgenza ex art. 77.2 Cost., in quanto del tutto estranee rispetto alla materia disciplinata, le disposizioni introdotte in sede di conversione del decreto-legge n. 225 del 2010 dal momento che esse costituiscono una nuova disciplina generale delle fonti di finanziamento delle attività di protezione civile, e sono sprovviste dei requisiti di necessità ed urgenza ex art. 77.2 Cost.

Sono, illegittime per violazione dell'art. 119.1 Cost. le disposizioni introdotte dalla legge di conversione n. 225 del 2010 in quanto, nell'imporre alle Regioni di deliberare aumenti fiscali per potere accedere al Fondo nazionale della protezione civile, edono l'autonomia di entrata e l'autonomia di spesa delle stesse, a fronte del persistente accentramento dei servizi di protezione civile a livello statale.

Nell'imporre alle Regioni di deliberare aumenti fiscali per potere accedere al Fondo nazionale della protezione civile, le disposizioni introdotte dalla legge di conversione n. 225 del 2010 violano l'art. 119.4 Cost., laddove richiede che le risorse che, ai sensi dei precedenti commi, spettano alle Regioni, debbano finanziare le funzioni esercitate dalle stesse.

Si pone in contrasto con il principio di ragionevolezza e con il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. l'imposizione di aumenti fiscali a carico dei cittadini delle Regioni colpite da eventi calamitosi, che è conseguenza dell'obbligo per le Regioni di deliberare aumenti fiscali quale preconditione per potere accedere al Fondo nazionale per la protezione civile, quale configurato dalla l. n. 225 del 2010.

Si pone in contrasto con la ratio dell'art. 119.5 Cost. l'obbligo per le Regioni di deliberare aumenti fiscali per poter accedere al Fondo nazionale della protezione civile, introdotto con legge n. 225 del 2010 in quanto impone alle Regioni di destinare risorse aggiuntive per il funzionamento di organi e attività statali, allorché il summenzionato articolo 119.5 precisa l'attività di intervento finanziario dello Stato a integrazione delle risorse ordinarie degli enti territoriali.

La l. 24 febbraio 1992, n. 225, come modificata dalla legge di conversione n. 225 del 2010, lede l'art. 23 Cost., nella misura in cui viola la riserva di legge in materia tributaria, e l'art. 123 Cost., nella parte in cui limita l'autonomia statutaria regionale, nella parte in cui autorizza il Presidente della Regione interessata a deliberare gli aumenti fiscali necessari ad accedere al Fondo nazionale della protezione civile.

La sentenza interviene a dirimere la questione di legittimità costituzionale sollevata in via principale dalle Regioni Liguria, Basilicata, Puglia, Marche, Abruzzo e Toscana, con ricorsi notificati il 27, il 26, ed il 27 aprile 2011, depositati in cancelleria il 4, il 5 ed il 6 maggio 2011, ed iscritti, rispettivamente, ai numeri 38, 39, 40, 41, 42 e 43 del registro ricorsi 2011.

M.FO.

T.A.R. Liguria, sez. II, 15 febbraio 2012, n. 290, Pres. Sciascio - Est. Ponte - N. (Avv.ti. Fanin e Boetto) c. Regione Liguria (Avv.ti Castagnoli e Crovetto).

GIURISDIZIONE amministrativa - ricorso - cittadini residenti - legittimazione - mancanza - insufficienza della mera residenza nell'ambito territoriale eventualmente coinvolto - necessità dell'indicazione in ordine all'effettivo venir meno di servizi concreti di assistenza in essere ovvero all'impossibilità di usufruire di identici servizi a seguito degli atti contestati.

GIURISDIZIONE amministrativa - istruzione probatoria - dichiarazioni sostitutive di notorietà - non utilizzabilità nel processo amministrativo per carenza di valore probatorio - mero valore indiziario.

GIURISDIZIONE amministrativa - azione popolare - strumento eccezionale e di stretta interpretazione - necessità della qualifica di elettore in capo alla parte ricorrente e dell'indicazione del Comune sostituito.

GIURISDIZIONE amministrativa - ricorso giurisdizionale - comitato spontaneo di cittadini - legittimazione - necessità di un collegamento stabile e duraturo con il territorio dove il comitato svolge l'attività di tutela degli interessi coinvolti dal ricorso.

GIURISDIZIONE amministrativa - ricorso - associazione non riconosciuta - legittimazione - necessità del perseguimento statutariamente previsto degli obiettivi indicati nel ricorso - necessità del possesso di un elevato grado di stabilità e rappresentatività ed un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene che si assume lesa.

GIURISDIZIONE amministrativa - ricorso - lavoratori dipendenti di una struttura soppressa - legittimazione - sussistenza - riconoscimento di una posizione soggettiva qualificabile in termini di interesse diretto concreto ed attuale.

GIURISDIZIONE amministrativa - ricorso - decadenza del termine per impugnare - irricevibilità.

GIURISDIZIONE amministrativa - ricorso - genericità e irrilevanza delle censure proposte - inammissibilità.

GIURISDIZIONE amministrativa - ricorso - scelte discrezionali dell'amministrazione estranee al giudizio di legittimità - inammissibilità.

Sono carenti di legittimazione a proporre ricorso giurisdizionale i cittadini residenti in quanto tali poiché portatori di un mero interesse diffuso e privi della titolarità di alcuna posizione giuridica differenziata rispetto alla collettività, e senza che sia fornita alcuna indicazione in ordine all'effettivo venir meno di servizi concreti di assistenza in essere ovvero all'impossibilità di usufruire di identici servizi a seguito degli atti contestati.

Le dichiarazioni sostitutive di notorietà non sono utilizzabili nel processo amministrativo e non hanno alcun valore probatorio, potendo costituire solo indizi che, in mancanza di altri elementi nuovi, precisi e concordanti, non sono idonei a scalfire l'attività istruttoria dell'Amministrazione.

L'azione popolare è da ritenersi strumento eccezionale e di stretta interpretazione, condizionata alla sussistenza dei due elementi

fondamentali della qualifica di elettore della parte ricorrente e dell'indicazione del Comune interessato, cui, nella fattispecie, l'elettore intende sostituirsi.

Sussiste la legittimazione a ricorrere di un comitato spontaneo di cittadini avverso provvedimenti ritenuti lesivi di interessi comuni solo se tale comitato dimostra di avere un collegamento stabile con il territorio ove svolge l'attività di tutela degli interessi stessi e se la sua attività si è protratta nel tempo (non nascendo in funzione della impugnazione di singoli atti e provvedimenti).

Sussiste la legittimazione a ricorrere di un'associazione non riconosciuta purché essa persegua statutariamente e non in maniera occasionale obiettivi di tutela nei termini invocati e nei settori interessati, e possieda un elevato grado di stabilità e rappresentatività ed un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene che si assume lesa.

Sussiste la legittimazione a ricorrere avverso la soppressione di una struttura (nella specie l'unità ospedaliera di cura per acuti di Recco) in capo ai lavoratori dipendenti dislocati presso la stessa struttura, essendo gli stessi portatori di una posizione soggettiva qualificabile in termini di interesse diretto concreto ed attuale.

Va dichiarata l'irricevibilità del ricorso per decadenza del termine d'impugnazione, decorrente dalle determinazioni approvate dal Consiglio regionale, rispetto a cui i successivi provvedimenti assumono i connotati di mera attuazione priva, in parte qua, di autonoma lesività.

Va dichiarata l'inammissibilità del ricorso a fronte dell'assoluta genericità delle censure proposte nonché della loro irrilevanza rispetto alla situazione giuridica dedotta.

Va dichiarata l'inammissibilità del ricorso diretto a far sindacare determinazioni dell'amministrazione involgenti scelte di merito estranee al giudizio di legittimità.

Sezione di diritto tributario

Massime

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. IV, 1 febbraio 2012, n. 31 - Pres. Maglione - Rel. Celle - Frantoio c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale di Imperia.

ACCERTAMENTO ex art. 39 D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 - studi di settore - art. 62 bis D.l. 30 agosto 1993 n. 331 - art. 10 L. 8 maggio 1998 n. 146 - efficacia probatoria - situazione concreta - valutazione - necessità.

Ai fini della loro validità, è necessario che la struttura degli studi di settore abbia una giustificazione razionale (da indicare nella motivazione dell'avviso di accertamento), nel senso di persuasività e correttezza del cosiddetto "ragionamento pratico".

L'efficacia probatoria degli studi di settore deve essere supportata con la dimostrazione, da parte dell'Ufficio finanziario, di aver calato lo studio nella realtà concreta della specifica situazione del singolo contribuente e, in particolare, di aver valutato attentamente i dati di cui è venuto in possesso a seguito di contraddittorio con il contribuente e nell'esercizio degli ampi poteri istruttori di accertamento previsti dalla legge.

Pertanto, l'onere della prova, gravante sull'Ufficio, non può essere soddisfatto con il semplice rinvio agli studi di settore, in quanto essi assurgono a solo criterio orientativo, essendo invece necessario personalizzare l'accertamento, attingendo alla concretezza dei riferimenti per una puntuale soggettiva aderenza ad indici di capacità contributiva, attraverso una specifica indagine accertativa.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 13 - Pres. e Rel. Torti - Edil (Avv. Lovisolò) c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale di Genova.

ACCERTAMENTO - perdita dichiarata dal contribuente - comportamento antieconomico - inconfigurabilità alla luce delle ragioni che hanno determinato la perdita - fattispecie.

IMPOSTE SUL REDDITO - quantificazione del reddito della società - ricorso alla retribuzione prevista dal CCNL del settore per un quadro moltiplicato per il numero dei soci - arbitrarietà.

Non può dirsi sintomatica di un comportamento antieconomico del contribuente - e quindi indice di evasione - la perdita dichiarata che trovi ragione nella crisi del settore che ha ridotto notevolmente le commesse con conseguente ricorso alla cassa integrazione, nelle erronee valutazioni dei costi correlati all'esecuzione di taluni appalti, nel sopravvenuto stato di malattia di uno dei soci.

È del tutto arbitraria la quantificazione del reddito della società operata sulla base di un criterio collegato alla retribuzione prevista dal CCNL del settore edile per un lavoratore con livello di Quadro moltiplicato in base al numero dei soci poiché esiste una differenza sostanziale tra la posizione di un lavoratore dipendente (fattore a remunerazione contrattuale) ed una società imprenditore (fattore a remunerazione residuale); infatti, il compenso di un lavoratore dipendente rientra tra i costi di gestione ed è prioritario rispetto alla remunerazione residuale, essendo dovuto anche se l'azienda chiude in perdita.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. I, 29 febbraio 2012, n. 9 - Pres. Soave - Rel. Barabino - B. (Avv. Armella e Zunino) c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale di La Spezia.

ACCERTAMENTO sintetico ex art. 38 c. 4 DPR 600/73 - presunzione legale relativa - acquisto di azioni - operazione simulata - onere della prova - mancato assolvimento - conseguenze.

Qualora l'Ufficio abbia sufficientemente motivato l'accertamento sintetico, sia specificando gli indici di ricchezza, sia dimostrando la loro astratta idoneità a rappresentare una capacità contributiva non dichiarata, il provvedimento di rettifica del reddito è di per se legittimo, non essendo necessario che sia stato preceduto dal riscontro analitico della conseguenza e della verosimiglianza dei singoli cespiti dichiarati dal contribuente

Il contribuente che, per contrastare le risultanze dell'accertamento sintetico ex art. 38 c. 4 DPR 600/73, sostiene essere stato parte di un negozio simulato di cui agli artt. 1414 e ss. del Cod. Civ., deve documentare e sostenere in modo esaustivo l'esistenza dell'asserita "simulazione" nonché della relativa "controdeklarazione". Il contribuente dovrà altresì dare motivazioni convincenti sul perché sia stata posta in essere un negozio simulato quando sarebbe stato possibile ottenere i medesimi obiettivi stipulando un diverso contratto implicante minor costo e maggior semplicità.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XX, 22 febbraio 2012, n. 34 - Pres. Cingano - Rel. Marcenaro - P. S.p.A. c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale di Genova.

ACCERTAMENTO - IRES ed IRAP - operazioni inesistenti - costi fittizi - società partecipanti prive di sede operativa, strutture e personale - centri di imputazione per il reddito dei soci persone fisiche - simulazione - legittimità dell'operato dell'Ufficio.

È legittimo l'accertamento con cui l'Ufficio recupera a tassazione i costi fittizi sostenuti da una società, in relazione ad operazioni soggettivamente ed oggettivamente inesistenti compiute con società sue partecipate: l'intera operazione è infatti simulata, posto che le società che partecipano nella società accertata, in quanto prive di sede operativa, strutture e personale ed in quanto aventi come unica committente la società da queste partecipata, appaiano dei meri centri di imputazione del reddito prodotto in capo ai soci persone fisiche (che a loro volta detengono partecipazioni nella società accertata e che scontano un'imposizione inferiore a quella cui sarebbero soggetti se l'intero reddito prodotto dalla ricorrente fosse stato direttamente imputato nei loro confronti).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XX, 7 marzo 2012, n. 35 - Pres. Ghigliazza - Rel. Scanu - Z.D. c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale di Genova.

ACCERTAMENTO - comportamento antieconomico del

contribuente - rettifica del reddito di impresa - legittimità.

È antieconomico e contrario alla logica di profitto il comportamento di un contribuente (nella specie una struttura alberghiera) che nell'anno oggetto di imposizione abbia investito nel lavoro dipendente una somma superiore a quella dichiarata come imponibile, a fronte della stagionalità della sua attività e della posizione turistica di grande richiamo in cui è situata (in Sardegna, a circa duecento metri dal mare con parcheggio privato). Conseguentemente, ed in assenza di valide giustificazioni da parte del contribuente, è legittima la rettifica del reddito di impresa operata dall'Ufficio.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. IV, 30 gennaio 2012 - Pres. Grandinetti - Rel. Del Medico - M.C.S. (Avv. Armella) c. Agenzia delle Dogane di La Spezia.

ACCERTAMENTO - diritto doganale - avviso di rettifica - processo verbale di revisione - art 12 c. 7 L. n. 212/2000 - mancata concessione del termine - nullità dell'atto - esclusione - diritto alla difesa - garantito.

La mancata concessione del termine di 60 giorni tra la notifica del processo verbale di revisione e l'avviso di rettifica dell'accertamento non costituisce violazione dell'art. 12 c. 7 della legge n. 212/2000, in quanto il processo verbale di revisione è un atto interno all'Ufficio, prodromico all'emissione dell'avviso di rettifica dell'accertamento, che non esplica alcuna efficacia nei confronti del contribuente; difatti, non viene notificato alla parte come atto a se stante, ma semplicemente allegato all'avviso di rettifica in quanto richiamato in punto di motivazione. In ogni caso, in mancanza di specifica motivazione in senso contrario, la violazione dell'art. 12 c. 7 cit. non è idonea a determinare la nullità dell'atto impugnato, restando garantito al contribuente il diritto di difesa in via amministrativa mediante l'instaurazione della controversia doganale ai sensi dell'art. 11, comma 7 del D.lgs. n. 374/90 e in via giudiziaria con ricorso alla Commissione Tributaria.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. IV, 9 gennaio 2012 - Pres. Caporusco - Rel. Del Medico - Centro Assistenza Doganale Italia S.r.l. (Avv. Armella) c. Agenzia delle Dogane di La Spezia.

ACCERTAMENTO - diritto doganale - relazione Olaf - valenza probatorio nei procedimenti amministrativi e giudiziari dello Stato membro - art. 9 Reg. CE 1073/99 - difetto di prova e di motivazione nell'accertamento - esclusione.

La relazione elaborata dall'Olaf ha piena valenza probatoria nei procedimenti amministrativi e giudiziari dello Stato membro, così come dispone l'art. 9 del Reg. CE 1073/99. Pertanto, gli elementi raccolti in quei verbali e fatti propri nell'avviso di accertamento sono del tutto idonei a giustificare la pretesa di recupero, spettando semmai all'obbligato fornire la prova contraria del diritto all'agevolazione in virtù dell'asserita origine preferenziale della merce.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XX, 7 marzo 2012, n. 46 - Pres. Rovelli - Rel. Orsi - C. S.p.A. c. Equitalia Sestri S.p.A.

ACCERTAMENTO - Consolidato fiscale - eccedenza di imposta utilizzata dalla consolidante - necessaria compilazione "quadro CK" della dichiarazione - esclusione - cessione del credito - inconfigurabilità.

Ai sensi dell'art. 118, c. 2, d.p.r. n. 917/1986, "le eccedenze di imposta riportate a nuovo possono essere utilizzate dalla società o ente controllante o alternativamente dalle società cui competono. Resta ferma l'applicabilità delle disposizioni di cui all'art. 43-ter del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602". Dalla formulazione di tale disposizione risulta quindi che l'eccedenza risultante dal modello di dichiarazione del consolidato rientra nella titolarità del soggetto controllante ed è dallo stesso liberamente disponibile; la società consolidante può quindi compensare i debiti tributari senza doversi attenere alle disposizioni dell'art. 43-ter del d.p.r. n. 602/1973 (che richiedono la compilazione di un apposito quadro nella dichiarazione con l'indicazione degli estremi dei soggetti cessionari e degli importi ceduti a ciascuno di essi, evidenziando in tal modo la volontà di utilizzare il credito IRES in compensazione), e senza che sia configurabile una cessione del credito (che, tra l'altro, avverrebbe tra lo stesso soggetto - la consolidante - essendo quindi del tutto inesistente). La mancata compilazione del quadro CK predisposto per la cessione delle eccedenze non può pertanto precludere l'efficacia dell'utilizzazione in proprio da parte della consolidante delle eccedenze IRES di gruppo.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XX, 7 marzo 2012, n. 39 - Pres. Ghigliazza - Rel. Orsi.

ACCERTAMENTO - metodo "analitico induttivo" - presupposti.**ACCERTAMENTO - metodo "analitico induttivo" - determinazione di maggiori ricavi - valutazione delle caratteristiche dell'azienda - necessità.**

In tema di accertamento delle imposte sui redditi, la presenza di scritture contabili formalmente corrette non esclude la legittimità dell'accertamento "analitico induttivo" del reddito di impresa, qualora la contabilità possa considerarsi complessivamente (e/o parzialmente) inattendibile, in quanto confliggente con i criteri della ragionevolezza anche sotto il profilo della antieconomicità del comportamento del contribuente, essendo in tali casi consentito all'Ufficio dubitare della veridicità delle operazioni dichiarate e desumere l'esistenza di maggiori ricavi non dichiarati sulla base di presunzioni semplici, purché gravi precise e concordanti.

Qualora, nella determinazione dei maggiori ricavi condotta con metodo "analitico induttivo", l'Ufficio applichi al costo della merce venduta nella normale attività, la percentuale media dichiarata nell'ultimo triennio, tale determinazione dovrà comunque tenere conto sia delle particolari vicende aziendali che del contesto in cui l'azienda si colloca (nella specie, la Commissione rileva che i ricavi conseguiti dagli operatori commerciali nel Comune in cui è collocata l'impresa, "in genere, nella bassa stagione non possono certamente quantificarsi alla stregua di quelli della media e alta stagione, dati e nozioni di fatto che fanno parte e rientrano nella comune esperienza e buon senso").

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XX, 7 marzo 2012, n. 61 - Pres. Ghigliazza - Rel. Simonazzi.

ACCERTAMENTO - studi di settore - scostamento mi-

nimo - assenza della dimostrata esistenza di gravi incongruenze - illegittimità dell'accertamento.

Non è legittimo un accertamento fondato sugli studi di settore qualora lo scostamento tra i ricavi dichiarati e quelli risultanti dallo studio sia assolutamente minimale (nella specie, circa il 4%), essendo onere dell'Ufficio fornire le prove delle stime effettuate (nella specie, inoltre, l'Ufficio aveva applicato al contribuente, esercente "attività di fabbricazione di altri prodotti in gomma", i dati dello studio "UD17U" che era stato superato dallo studio "TD17U" comprensivo dei correttivi della crisi).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XII, 9 febbraio 2012, n. 18 - Pres. Fenizia - Rel. Galletto.

ACCERTAMENTO - operazioni oggettivamente inesistenti - onere della prova - a carico dell'Amministrazione finanziaria - sussistenza.

In ipotesi di fatture che l'Amministrazione ritenga relative ad operazioni (oggettivamente) inesistenti, grava su di essa l'onere di provare che le operazioni oggetto delle fatture contestate in realtà non sono mai state poste in essere, considerata la disponibilità dei mezzi di cui l'Amministrazione stessa può avvalersi per verificare se i lavori relativi alle fatture contestate siano stati effettivamente sostenuti.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, sez. I, 21 febbraio 2012 - Pres. Bocchiardo - Rel. Prevosto - A. c. Agenzia del Territorio di Imperia.

ACCERTAMENTO - opere edilizie su immobile - riclassamento - rendita catastale - variazione- impugnazione - fondatezza.

Le operazioni edilizie compiute su un immobile che siano consistite esclusivamente nella riduzione dell'ampiezza di un vano dell'alloggio (nel quale è stato realizzato un servizio igienico - sanitario), non giustificano l'attribuzione di una maggiore rendita catastale mediante riclassamento dell'immobile stesso.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XX, 7 marzo 2012, n. 40 - Pres. Rovelli - Rel. Bozzano.

ACCERTAMENTO - notificazione - vizio di nullità - proposizione del ricorso - sanatoria.

ACCERTAMENTO - TARSU - configurabilità del presupposto attraverso il rinvio a documentazione in possesso dell'Ufficio - documentazione ignota - vizio di motivazione - sussistenza.

La proposizione del ricorso sana i vizi di nullità da cui è affetta la notificazione dell'accertamento.

Se un accertamento TARSU motiva la richiesta di pagamento del tributo sul fatto che l'occupazione dell'immobile da parte contribuente "risulta dalla documentazione in possesso di questo ufficio", e né nell'accertamento, né nel successivo giudizio, il Comune sia in grado di esibire i documenti sui quali fonda l'accertamento (anche alla luce di quanto offerto in contro prova dal contribuente), l'accertamento è affetto da un vizio di motivazione e come tale deve essere annullato.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. XIII,

27 febbraio 2012, n. 14 - Pres. Rosin - Rel. Nordi - D.B. c. Agenzia delle Entrate di La Spezia.

ACCERTAMENTO - studio di settore - contribuente - onere di provare le caratteristiche dell'attività che rendono inapplicabili lo studio - onere dell'Ufficio - confutare gli elementi addotti dal contribuente - spettanza.

Gli studi di settore hanno la funzione di individuare, sulla base degli elementi di costo forniti dal dichiarante, nell'ambito di categorie omogenee il giusto reddito o, meglio, il reddito più prossimo alla realtà concreta e la legge pone l'obbligo a carico del contribuente di confutare tali valore in relazione a situazioni specifiche che si discostano dalla norma. Compete invece all'Ufficio, sia in sede di contraddittorio che in sede di giudizio, fornire dimostrazioni circa la non validità degli elementi specifici forniti dal contribuente, oltre che allegare in sede di giudizio lo studio di settore su cui è stata effettuata la rettifica del reddito.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. IV, 16 aprile 2012, n. 126 - Pres. Ghigliazza - Rel. Graziano - M. (Avv. Lovisolo) c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale di Genova.

ACCERTAMENTO - studio di settore - contraddittorio preventivo - necessità - regolare convocazione da parte dell'ufficio - sufficienza - mancata instaurazione - fatto imputabile al contribuente - lesione del principio - insussistenza.

ACCERTAMENTO - scostamento dallo studio di settore - insufficienza - gravi incongruenze - necessità - Ufficio - onere della prova - incombenza.

Ai fini della validità dell'accertamento fondato sugli studi di settore è necessario che sia previamente instaurato un contraddittorio tra l'Ufficio ed il contribuente. Al fine dell'osservanza di tale principio è sufficiente che il contribuente sia messo in condizione di poter interloquire con l'Amministrazione finanziaria, cioè che sia stato regolarmente convocato, essendo pur sempre libero di aderirvi o meno, fermo restando che non è configurabile alcuna lesione del principio del contraddittorio se la sua mancata instaurazione è comunque imputabile allo stesso contribuente.

Qualora l'Ufficio proceda ad una rettifica del reddito dichiarato fondandola sugli "studi di settore" l'Ufficio non può limitarsi a ravvisare il mero scostamento matematico tra il reddito dichiarato e quello ritraibile dallo studio stesso, ma deve addurre e provare ulteriori elementi che, unitamente allo scostamento, diano luogo alle gravi incongruenze richieste dall'art. 62-sexies d.l. n. 331/93 ai fini della validità di tale tipologia di accertamento (nella specie, lo scostamento ravvisato dall'Ufficio era giustificato dal fatto che il contribuente, per la peculiarità della propria attività di impresa - fornitura e posa di controsoffitti - esercitata in "sub appalto", praticava fisiologicamente corrispettivi inferiori ai prezzi di mercato rispetto a quelli che avrebbe richiesto se i committenti fossero stati i destinatari finali delle proprie prestazioni).

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. I, 1 febbraio 2012, n. 4 - Pres. Picozzi - Rel. Lomazzo - E. C. S.r.l. c. Agenzia delle Entrate di Savona.

ACCERTAMENTO - studio di settore - metodo matematico statistico - necessità di calarlo nella realtà - contraddittorio

dittorio preventivo con l'Amministrazione finanziaria - necessità - mancanza del contraddittorio - atto di accertamento - invalidità.

Gli studi di settore individuano un metodo matematico che contempla, nell'ambito di ciascun "cluster", un numero qualificato di variabili al fine di tenere in considerazione, per quanto possibile, le realtà anche locali dei singoli settori di attività. I risultati di tali elaborazioni, suscettibili di assumere di valore di presunzione grave precisa e concordante, si riferiscono tuttavia ad attività svolte in condizioni di normalità, ossia per i contribuenti che nel periodo oggetto della verifica abbiano tenuto una condotta commerciale conforme agli "ordinari" canoni di economicità del singolo tipo di attività. Pertanto, al fine di calare i risultati statistico matematici elaborati in astratto nella realtà economica concreta è indispensabile che tra l'Amministrazione finanziaria ed il contribuente si instauri un contraddittorio preventivo, a pena di illegittimità del successivo avviso di accertamento.

Commissione Tributaria provinciale di Imperia, sez. IV, 7 febbraio 2012 - Pres. Bocchiardo - Rel. Bianchi - R. (Avv. Carretto) c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale Ufficio Controlli La Spezia.

ACCERTAMENTO - morte del legittimo destinatario - delazione - chiamati all'eredità - onere delle prova dell'accettazione dell'eredità - mancato assolvimento - conseguenze.

Poiché nel nostro ordinamento l'acquisto dell'eredità, con ogni derivata conseguenza, non sorge con la semplice delazione ereditaria, i chiamati all'eredità non sono i legittimi destinatari dell'avviso di accertamento concernente debiti tributari del loro dante causa.

È infatti principio consolidato che solo l'erede, a seguito della confusione del suo patrimonio con quello del de cuius, deve rispondere delle obbligazioni (anche tributarie) di quest'ultimo. Pertanto grava sull'Amministrazione finanziaria creditrice l'onere di provare l'accettazione dell'eredità, anche tacita, da parte dei chiamati, per poter esigere da essi l'adempimento dei debiti ereditari del loro dante causa.

C.N.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. I, 29 febbraio 2012, n.6 - Pres. Soave - Rel. Venturini - F. (Avv. Pischedda) c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale Ufficio Controlli Genova.

ACCERTAMENTO - adozione di negozi giuridici collegati - abuso del diritto - rilevanza d'ufficio - ammessa - vizio di ultrapetizione - insussistenza - art. 37 bis DPR 29 settembre 1973 n. 600 - presupposti - sussistenza.

In base al principio di divieto di abuso del diritto, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, non possono trarsi benefici fiscali da operazioni che, seppure realmente volute e quand'anche immuni da invalidità, risultino, alla stregua di un insieme di elementi oggettivi, compiute essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale. Trattasi di un principio generale antievasivo desumibile dall'art. 53 Cost., che pertanto non esige l'accertamento della simulazione o del carattere fraudolento dell'operazione, bensì la mera valutazione di quest'ultima nella sua essenza.

(Caso in cui un soggetto ha trasferito, tramite donazione, la proprietà di un terreno edificabile ai propri figli, i quali, dopo 3 soli giorni, hanno ceduto quello stesso terreno alla società che aveva

versato un acconto a favore del suddetto donante, essendo loro a conoscenza del fatto che la donazione era stata effettuata al solo scopo di far conseguire a loro donatari i vantaggi fiscali che non avrebbe potuto conseguire il donante).

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. VII, 9 gennaio 2012 - Pres. Sorrentino - Rel. De Rogatis - B. c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale Ufficio Controlli La Spezia.

ACCERTAMENTO - controlli bancari - movimentazioni avvenute all'interno del nucleo familiare - idoneità a generare reddito non dichiarato - infondatezza.

Le movimentazioni bancarie avvenute all'interno del nucleo familiare devono essere ignorate dall'Agenzia delle Entrate e non possono costituire oggetto di accertamento in quanto le stesse non nascondono alcuna attività suscettibile di produrre reddito. È infatti ovvio che "motivi di affetto e di famiglia" non possono mai generare alcun reddito: il padre ben può fare un regalo al figlio ed altrettanto può il marito con la propria moglie.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, sez. I, 31 gennaio 2012 - Pres. e Rel. Bocchiardo - D. c. Agenzia delle Entrate Ufficio Territoriale Imperia.

ACCERTAMENTO - motivazione per relationem - limiti - omessa allegazione - rilevanza - conseguenza - illegittimità dell'atto.

La motivazione per relationem posta a fondamento dell'avviso impugnato, che non risulti in alcun modo supportata dalla necessaria allegazione degli atti e documenti in essa richiamati e che, anzi, si limiti ad un richiamo assolutamente generico e tale da impedire, oltre che al ricorrente la possibilità di una corretta ed adeguata contestazione, anche allo stesso Collegio giudicante un obiettivo vaglio critico, deve considerarsi del tutto inesistente e comunque, palesemente illegittima.

C.N.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. XIII, 24 febbraio 2012, n. 6 - Pres. Rosin - Rel. Serra - C. S.r.l. (Avv. Illuzzi) c. Agenzia delle Entrate di Albenga.

CONDONO - legge n. 289/2002 - pagamento parziale - errore scusabile - mancata dimostrazione da parte dell'Ufficio della somma effettivamente dovuta - efficacia del condono - sussistenza.

Non determina l'inefficacia del condono ex L. n. 289/2002 il fatto che il contribuente, per uno degli anni oggetto di condono, abbia effettuato un pagamento sbagliato (versando, nella specie, 500 euro anziché 700 euro), se il parziale pagamento dipende da un errore scusabile e se l'Ufficio comunque non dimostra che la somma effettivamente dovuta era quella di cui è stato effettuato il parziale versamento.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 37 - Pres. Grandinetti - Rel. Del Medico

B. c. Agenzia delle Dogane di La Spezia.

DAZI DOGANALI - obbligazione doganale - termine per l'invio della comunicazione - obbligazione sorta a seguito di atto penalmente perseguibile - invio della comunicazione oltre il triennio - legittimità.

DAZI DOGANALI - responsabilità dello spedizioniere doganale - consapevolezza della frode - affidamento nel certificato di origine della merce rilasciato dall'autorità del paese extracomunitario - mancata individuazione della frode da parte dell'autorità italiana - inconfigurabilità.

Ai sensi dell'art. 221 del Codice doganale comunitario, la comunicazione al debitore può essere inviata oltre tre anni dalla data in cui è sorta l'obbligazione doganale qualora l'obbligazione doganale sia sorta a seguito di un atto che, nel momento in cui è stato commesso, era penalmente perseguibile.

Affinché lo spedizioniere doganale possa essere considerato coobbligato al pagamento dei dazi ai sensi dell'art. 221, c. 1, punto 3, è necessario che sia chiaramente provato che costui era a conoscenza della falsità dei dati esposti nella dichiarazione doganale. Al riguardo, non può essere considerato a conoscenza della frode lo spedizioniere che abbia fatto affidamento sull'autenticità del certificato di origine della merce rilasciato dal Ministero dell'Industria del paese extracomunitario esportatore, tanto più che la falsità non è stata rilevata neppure dal Ministero dell'Industria Italiano che ha rilasciato il permesso ad importare.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. IV, 9 gennaio 2012, n. 6 - Pres. Maglione - Rel. Celle - Gest Line S.p.a. c. Agenzia del Territorio Ufficio Imperia.

IMPOSTE INDIRECTE - visure , n. 602 e catastali - art. 47 bis dpr 29 settembre 1973 - rilascio gratuito - ratio.

La ratio dell'art. 47 bis DPR 602/73 - il quale prevede che i competenti Uffici dell'Agenzia del Territorio rilascino gratuitamente ai concessionari le visure ipotecarie e catastali relative agli immobili dei debitori iscritti a ruolo e dei coobbligati - non è quella di favorire l'attività imprenditoriale delle concessionarie, bensì di potenziare la riscossione coattiva, rilevato che tale attività è finalizzata al soddisfacimento del preminente interesse pubblico al recupero dei tributi evasi e degli altri crediti pubblici

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XX, 7 marzo 2012, n. 55 - Pres. Rovelli - Rel. Orsi.

IRPEF - accertamento - plusvalenza da cessione di terreno - determinazione del valore del bene ai fini dell'imposta di registro - sua applicazione anche ai fini dell'imposta sul reddito - automaticità - esclusione - valore del bene determinato ai fini dell'imposta di registro a seguito di adesione dell'acquirente - presunzione grave, precisa e concordante di un maggior corrispettivo percepito dalla parte venditrice ai fini delle imposte sui redditi - esclusione.

Nella determinazione della plusvalenza tassabile ai fini delle imposte sui redditi si deve tenere conto del prezzo effettivamente incassato dal contribuente. La differenza tra l'ammontare del corrispettivo dichiarato in atto ed il valore del bene determinato ai fini dell'imposta di registro può essere indizio di un corrispettivo incassato "in

nero", ma non può da solo considerarsi presunzione grave, precisa e concordante che possa legittimamente provare un maggior corrispettivo non dichiarato. Pertanto, il valore del bene come determinato, ai fini del registro, a seguito di adesione della parte acquirente, non può automaticamente produrre effetti anche ai fini delle imposte sui redditi nei confronti della parte venditrice, non costituendo presunzione grave, precisa e concordante di un maggior corrispettivo percepito dalla parte venditrice rispetto a quello dichiarato nell'atto di compravendita.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. I, 29 febbraio 2012, n. 25 - Pres. e Rel. Cingano - B. c. Agenzia delle Entrate di Genova.

IVA - valori di magazzino - rimanenze non coincidenti con le giacenze iniziali - d.p.r. n. 441/97 - presunzione di cessione dei beni in nero - condizione - riscontro della mancanza fisica della merce - necessità.

IRPEF - valori di magazzino - rimanenze non coincidenti con le giacenze iniziali - presunzione di cessione dei beni in nero - mancata sottrazione dei beni - doppia presunzione - presunzioni gravi, precise e concordanti - accertamento - illegittimità.

Dal combinato disposto degli artt. 1 e 4 del D.p.r. n. 441/97 si presume ceduti o acquistati in nero quei beni che, in occasione di accessi, ispezioni e verifiche, non si trovano nei luoghi in cui il contribuente esercita la propria attività: tali disposizioni presuppongono però che sia riscontrata la mancanza fisica dei beni, non essendo sufficiente, al fine della loro applicazione, un mero calcolo basato sulla differenza dei valori non supportata dall'effettiva fisica constatazione di una sottrazione di merci.

La riscontrata differenza dei valori del magazzino non costituisce una presunzione grave, precisa e concordante di maggiori ricavi non contabilizzati; al contrario, la presunzione dell'Ufficio secondo cui la sola differenza di valori registrata a fine e inizio esercizio comporta una sottrazione di merci, dalla quale possa conseguentemente presumersi una vendita in nero delle stesse, rappresenta una doppia presunzione mancante di un'effettiva dimostrazione, tale da rendere illegittimo l'accertamento dell'Ufficio.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XX, 7 marzo 2012, n. 36 - Pres. Ghigliazza - Rel. Orsi.

IVA - contratti di coassicurazione - stipula di una "clausola di delega" tra la delegataria e le imprese coassicuratrici - "commissioni di delega" - natura accessoria - esclusione - impresa delegataria qualificabile quale mandataria senza rappresentanza - operazioni esenti - esclusione.

Nell'ambito dei contratti di coassicurazione, attraverso i quali le imprese si ripartiscono il rischio ed i costi commessi alla gestione dei contratti, le parti possono pattuire la corresponsione di una commissione per l'esercizio della delega. Ai fini IVA, le "commissioni di delega" devono intendersi corrisposte a titolo di remunerazione dell'attività svolta dalla delegataria a favore delle coassicuratrici in esecuzione del mandato conferito con la clausola di delega e non possono essere considerate comprese nel rapporto principale "assicuratore/assicurato", né tantomeno accessorie ad esso. Infatti, deve intendersi quale "prestazione accessoria" (nella specie, ad una prestazione di assicurazione esente IVA) quella che è legata all'operazione "principale" da un nesso di dipendenza funzionale, così da completarla

rendendola possibile e costituendone la necessaria integrazione. Pertanto, le "commissioni di delega", in quanto corrisposte a fronte di prestazioni diverse ed autonome da quella assicurativa ed a fronte di prestazioni di servizi comunque rese o ricevute da mandatari senza rappresentanza, sono da assoggettare ad IVA.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. IV, 5 marzo 2012, n. 64 - Pres. Maglione - Rel. Carrodano - C. c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale Ufficio Controlli di Savona.

IVA - compravendita immobiliare - versamento in eccedenza - diritto al rimborso - soggetto legittimato - cedente - art 17 DPR 633/1972 - sussistenza.

Nel caso di compravendita immobiliare, il diritto a chiedere il rimborso IVA versata in eccedenza spetta al cedente, che è il soggetto passivo del tributo. Infatti, a norma dell'art. 17 del DPR n. 633/1972 il soggetto passivo - debitore dell'imposta - è l'imprenditore che effettua la cessione del bene. L'acquirente sul quale grava il tributo per effetto della rivalsa attuata dal cedente, è estraneo al rapporto tra lo stesso cedente (individuato, appunto, come soggetto passivo, cioè debitore del tributo) e l'Amministrazione finanziaria, pertanto non è legittimato a chiedere il rimborso di quanto eventualmente versato in eccedenza.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XX, 22 febbraio 2012, n. 29 - Pres. Cingano - Rel. Scanu.

MISURE CAUTELARI - sequestro conservativo ex art. 22 d.lgs. n. 472/97 - requisiti - periculum in mora - dimostrazione - necessità.

L'Ufficio che intenda richiedere una misura cautelare ai sensi dell'art. 22 d.lgs. n. 472/97 deve dimostrare la sussistenza dei requisiti previsti dalla disposizione ed in particolare, quanto al periculum in mora, la fondatezza del timore di perdere il proprio credito; l'Ufficio non può quindi limitarsi a richiamare l'entità del credito vantato ed i beni sui quali intende richiedere la misura cautelare, ma deve evidenziare quali sono gli elementi significativi della volontà del contribuente di sottrarsi all'adempimento fiscale.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. IV, 9 gennaio 2012 - Pres. e Rel. Caporuscio - Centro Assistenza Doganale Italia S.r.l. (Avv. Armella) c. Agenzia delle Dogane circoscrizione doganale di La Spezia.

PROCESSO TRIBUTARIO - riscossione - notificazione cartella esattoriale - avviso postale - relata di notifica - violazione dell'art. 26 comma 1 D.lgs. 29 settembre 1973 n. 602 - non sussiste.

PROCESSO TRIBUTARIO - riscossione - sospensione e frazionamento dell'esecuzione a seguito della proposizione di ricorso - diritto doganale - esclusione - artt. 222, 232, 244 Reg. CEE n. 2913 del 1992 - interessi - debenza.

La notificazione della cartella di pagamento può essere eseguita anche mediante invio, da parte dell'esattore, di lettera raccomandata con avviso di ricevimento sottoscritto da una delle persone previste dal comma 3 dell'art. 26 del D.lgs. 602/1973. In tali ipotesi la

legge non prevede la redazione di alcuna relata di notifica.

In materia doganale, le norme comunitarie di cui agli artt. 222, 232, 244 del Reg. CEE n. 2913 del 1992, ovviamente operanti nel sistema giuridico nazionale, non prevedono la sospensione ovvero il frazionamento dell'esecuzione a seguito della proposizione di ricorsi e fino alla sentenza del giudice tributario. Tale essendo la normativa vigente, è evidente che la cartella esattoriale non può non prevedere, oltre alla corresponsione dei tributi, anche il pagamento degli interessi.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale Savona, sez. I, 7 febbraio 2012, n. 5 - Pres. Picozzi - Rel. Lomazzo - R. c. Equitalia Nord S.p.A.

PROCESSO TRIBUTARIO - ricorso - notificato "a mani" all'Agente della Riscossione - inammissibilità - esclusione.

PROCESSO TRIBUTARIO - procura alle liti rilasciata dall'Agente della Riscossione - cambio di denominazione ed incorporazione - effetti della procura anche nei confronti dell'Agente della Riscossione incorporante - validità.

RISCOSSIONE - cartella di pagamento - debiti di una S.a.s. - cartella di pagamento precedentemente notificata alla società - esecuzione esperita infruttuosamente - cartella di pagamento emessa nei confronti del socio accomandatario - responsabile solidalmente ed illimitatamente per i debiti della società - onere di informazione sull'andamento della società - validità.

AUTOTUTELA - d.l. n. 564/94 e d.m. n. 37/97 - potere in capo alla pubblica amministrazione di ritirare i propri atti illegittimi - applicabilità anche nei confronti dell'Agente della Riscossione - esclusione.

Una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 20, c. 1, e 16, commi 2 e 3, d.lgs. n. 546/92, ammette che la presentazione del ricorso all'Agente della Riscossione avvenga mediante la sua presentazione ad impiegato a ciò addetto che ne rilascia attestazione di ricevuta; tanto nel rispetto dell'art. 24 Cost. al fine di rendere effettiva la possibilità di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi.

La procura alle liti rilasciata, in allora, da soggetto avente i necessari poteri per poterla conferire nell'interesse dell'Agente della Riscossione è valida, successivamente, anche nei confronti di quella particolare società che, a seguito del cambio di denominazione ed a seguito poi di incorporazione, rappresenti la prosecuzione del precedente Agente della Riscossione (nella specie, è stata ritenuta valida la procura alle liti rilasciata da Sestri. S.p.A. la quale ha mutato la denominazione in Equitalia Sestri S.p.A. la quale è stata a sua volta incorporata mediante fusione in Equitalia Nord S.p.A., essendo quest'ultimo il soggetto che ha emesso l'atto impugnato).

È valida la cartella di pagamento emessa nei confronti del socio accomandatario per il debito tributario della Società divenuto definitivo. Al riguardo, non è necessario che la cartella di pagamento dia menzione del fatto che la pretesa è divenuta definitiva in quanto analoga cartella di pagamento era stata precedentemente e validamente emessa anche nei confronti della Società e che la Società è già stata oggetto di un'esecuzione infruttuosa (di cui è stata comunque data dimostrazione nel corso del giudizio): il "socio accomandatario" è infatti illimitatamente e solidalmente responsabile con la società per i debiti di questa, e proprio perché è "socio accomandatario" il ricorrente era comunque tenuto ad un generale po-

tere/dovere di informativa sull'andamento della partecipata, per cui la cartella di pagamento impugnata è valida anche se si limita ad indicare il suo nominativo, la sua qualifica ed il suo indirizzo.

È valida la notifica della cartella di pagamento effettuata mediante consegna "a mani" di persona qualificatasi come "madre" del destinatario della notifica, a cui sia seguito l'invio di raccomandata, da parte dell'Agente notificatore, recante l'avviso di avvenuta notificazione ai sensi dell'art. 139, c. 4, c.p.c.

Le disposizioni di cui all'art. 2-quater del D.l. n. 564/94 e dell'art. 2 del D.m. n. 37/97, che individuano il potere di ogni pubblica amministrazione di ritirare in autotutela i propri atti illegittimi od infondati, non sono riferibili direttamente anche all'Agente della riscossione che è società di diritto privato priva di poteri assimilabili a quelli di una pubblica amministrazione.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, sez. IV, 20 marzo 2012 - Pres. Bocchiardo - Rel. Boeri - Agenzia del Demanio (Avvocatura dello Stato) c. Comune di Imperia.

PROCESSO TRIBUTARIO - sanatoria di cui all'art. 156 c.p.c. - richiamo nella disciplina tributaria - sussiste - applicabilità - ammessa.

ICI - immobili destinati a fini istituzionali di amministrazione dello Stato ovvero appartenenti al Demanio pubblico o al patrimonio indisponibile dello Stato - esenzione ex art. 7 lett. A) del D.Lgs. 504/1992 - applicabilità.

Per quanto attiene l'applicabilità della sanatoria di cui all'art. 156 c.p.c., vale il principio giurisprudenziale secondo cui, all'avviso di accertamento tributario, ancorché atto di natura sostanziale e non processuale, risultano applicabili gli istituti appartenenti al diritto processuale quando vi sia espresso richiamo di queste nella disciplina tributaria.

È infondato l'avviso di accertamento ICI relativo ad immobili destinati a fini istituzionali di amministrazione dello Stato, ovvero appartenenti al Demanio pubblico o al patrimonio indisponibile dello Stato in quanto, come tali, sono esenti dall'applicazione dell'ICI ai sensi dell'art. 7 lett. A) del D.Lgs. 504/1992.

C.N.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. IV, 5 marzo 2012, n. 66 - Pres. Maglione - Rel. Sarni - M. S.r.l. c. Agenzia delle Entrate Ufficio Rapallo.

PROCESSO TRIBUTARIO - giudizio di revocazione - contrasto di giudicati - art. 395, c. 1, n. 5 - presupposti - non sussistono.

Ai fini dell'applicazione dell'art. 395, c. 1, n. 5 c.p.c., affinché si configuri il contrasto tra la sentenza della quale si chiede la revocazione ed altra precedente avente tra le parti autorità di cosa giudicata, è necessario che tra i due giudizi sottesi sussista identità di soggetti ed oggetto. Ciò non si rinviene qualora l'Amministrazione finanziaria sia parte in uno solo dei giudizi e la sentenza passata in giudicato si riferisca ad annualità diverse rispetto a quelle oggetto della decisione della quale si chiede la revocazione.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XX, 15 febbraio 2012, n. 24 - Pres. Cingano - Rel. Orsi.

PROCESSO TRIBUTARIO - avviso di iscrizione ipotecaria - cartelle di pagamento relative a crediti di natura previdenziale e di natura tributaria - impugnazione - difetto di giurisdizione in relazione ai crediti previdenziali - sussistenza.

RISCOSSIONE - avviso di iscrizione ipotecaria - sottoscrizione dell'atto - necessità - esclusione - riconducibilità dell'atto autorità emanante - sufficienza.

Quando un avviso di iscrizione ipotecaria si riferisca a diverse cartelle di pagamento attenenti sia a crediti di natura tributaria che a crediti di natura previdenziale, in relazione a questi ultimi non è sussistente la giurisdizione del giudice tributario (nella specie, la sentenza fa applicazione del principio stabilito dalla Cass., s.u. n. 14831/2008 in tema di fermo ex art. 86 d.p.r. n. 602/1973).

Ai fini della validità dell'iscrizione ipotecaria è sufficiente che il documento sia sicuramente riconducibile al soggetto che l'ha emessa; non rileva quindi l'eccezione relativa all'illeggibilità della sua sottoscrizione ed alla necessità che tale atto sia sottoscritto dal responsabile del procedimento, posto che comunque l'obbligatoria indicazione del responsabile del procedimento è stata prevista solamente con riferimento alla cartella di pagamento dal d.l. 248/2007.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. XIII, 10 gennaio 2012, n. 1 - Pres. e Rel. Petruzzelli - M. c. Agenzia delle Entrate di Genova.

PROCESSO TRIBUTARIO - appello - motivi specifici di impugnazione - assenza - inammissibilità

È inammissibile l'atto di appello con il quale la parte non abbia proposto motivi specifici di impugnazione bensì si sia limitata ad affermare in via del tutto generica che il Giudice di primo grado non ha tenuto in alcun conto le motivazioni dedotte nel ricorso introduttivo.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. XIII, 10 gennaio 2012, n. 5 - Pres. Petruzzelli - Rel. Serra Carraciolo.

PROCESSO TRIBUTARIO - appello - questioni nuove - inammissibilità.

NOTIFICAZIONI - accertamento - vizio di notifica - nullità - proposizione del ricorso - sanabilità.

In appello non è possibile proporre domande nuove dovendosi il giudizio limitare al riesame delle questioni trattate in primo grado.

Quand'anche la notifica dell'accertamento fosse affetta da nullità, l'impugnazione dell'atto con il ricorso da parte del contribuente ha su di essa effetto sanante.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XX, 27 gennaio 2012, n. 12 - Pres. e Rel. Cingano.

RISCOSSIONE - intimazione di pagamento - impugnazione volta a far valere vizi non propri dell'atto - mancata impugnazione della cartella di pagamento prodromica - definitività della pretesa impositiva.

ACCERTAMENTO - cessione di azienda - responsabilità del cedente e del cessionario per debiti tributari - applicabilità dell'art. 2560 c.c. - esclusione.

PROCESSO TRIBUTARIO - impugnazione volta a contestare il rapporto tributario - Agente della riscossione - legittimazione passiva - esclusione.

È inammissibile l'impugnazione dell'intimazione di pagamento con cui si fanno valere vizi dell'iscrizione a ruolo notificata con la prodromica cartella di pagamento; la mancata impugnazione di quest'ultima consolida infatti il debito tributario con la conseguenza che l'intimazione di pagamento può essere impugnata solo per vizi propri.

In caso di cessione di azienda, dei debiti tributari risponde sempre, oltre che l'alienante anche l'acquirente, non trovando quindi applicazione alla materia tributaria l'art. 2560 c.c. che subordina la responsabilità di quest'ultimo al fatto che i debiti inerenti l'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento risultino dai libri contabili obbligatori.

L'Agente della riscossione, non essendo titolare del credito iscritto a ruolo, è estraneo (anche processualmente) al rapporto sostanziale, in quanto risponde solo per i vizi propri della cartella di pagamento e degli atti successivi di sua competenza.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XX, 3 febbraio 2012, n. 13 - Pres. e Rel. Cingano.

RISCOSSIONE - dilazione del debito tributario - mancato pagamento di una sola rata - conseguenze - decadenza dal beneficio - applicabilità - solo se la rata non è stata totalmente versata.

Ai sensi del comma 4 dell'art. 3 bis del d.lgs. n. 462/97, in caso di rateazione del debito tributario, il mancato pagamento anche di una sola rata comporta la decadenza dalla rateazione e l'importo residuo è iscritto a ruolo dovendo essere pagato in un'unica soluzione. Tale disposizione (considerata la gravità delle conseguenze che determina) deve essere interpretata in senso stretto, trovando applicazione nel caso di mancato integrale pagamento della rata, e non allorquando, a fronte di un errore materiale commesso dal contribuente, la rata sia stata pagata per la sua quasi totalità (nella specie, per un errore materiale il contribuente aveva invertito le cifre della rata dovuta versando, invece che € 597,99, € 579,99).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XII, 12 gennaio 2012, n. 1 - Pres. e Rel. Fenizia.

RISCOSSIONE - cartella pagamento - notifica a mezzo del servizio postale ex L. n. 890/82 - omessa indicazione della relazione di notificazione - inesistenza della notifica - esclusione.

RISCOSSIONE - cartella di pagamento - conforme al modello ministeriale - motivazione - sussistenza.

In caso di notifica a mezzo del servizio postale l'omessa indicazione sull'atto da notificarsi della relazione prevista dall'art. 3 della L. n. 890 del 1982, determina una mera irregolarità della notificazione e non già l'inesistenza della stessa e ciò sulla base della considerazione che la fase essenziale del procedimento è data dalla attività dell'agente postale (tanto che è l'avviso di ricevimento che costituisce prova dell'avvenuta notificazione) mentre quella dell'ufficiale giudiziario (o di colui che sia autorizzato ad avvalersi di tale mezzo di notifica) ha il solo scopo di fornire al richiedente la notifica la prova dell'avvenuta spedizione e l'indicazione dell'ufficio postale al quale è stato consegnato il plico. Pertanto, la relata non ha carattere e natura di requisito essenziale ai fini dell'esistenza giuridica della fase di documentazione dell'avvenuta notificazione. Con la conse-

guenza che, quando sia allegato l'avviso di ricevimento ritualmente completato, l'omissione della apposizione della relazione, non solo nella copia per il destinatario ma altresì nell'originale, non può determinare l'inesistenza giuridica della documentazione della notifica e, con ciò, della notifica stessa; e, correlativamente, che siffatta omissione realizza un semplice vizio che, comunque, a tutto concedere, non può essere fatto valere dal destinatario, una volta che l'adempimento non è previsto nel suo interesse (la pronuncia rinvia alla sentenza della Cassazione, sez. V, 26 febbraio 2010, n. 4746).

È motivata la cartella di pagamento che contenga tutti gli elementi previsti dal relativo modello ministeriale.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. VI, 13 febbraio 2012, n. 9 - Pres. Di Mattei - Rel. Teppati - B. c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale ufficio Controlli Genova.

RISCOSSIONE - cartella esattoriale - requisiti - mancanza di sottoscrizione - nullità o inesistenza - non sussistono - art. 25 DPR 29 settembre 1973 n. 602.

La cartella esattoriale che corrisponde alle caratteristiche richieste dall'art. 25 del DPR 602/73 e che risulti conforme al modello approvato con decreto del Ministro delle Finanze - il quale prevede gli elementi che tali atti devono contenere - non è affetta da invalidità. In particolare, sulla sottoscrizione della cartella va considerato che, trattandosi di un atto amministrativo, la stessa non è necessaria in quanto è sufficiente la sicura identificazione del soggetto emittente dell'atto.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. III, 3 febbraio 2012 - Pres. Sgambati - Rel. Molino - P. c. Equitalia Sestri S.p.a.

RISCOSSIONE - notificazione della cartella esattoriale - regolarità - prova certa contraria - mancanza - conseguenze.

Deve considerarsi regolarmente avvenuta la notifica della cartella esattoriale che è stata consegnata dal concessionario della riscossione alle Poste per la consegna alla parte, qualora quest'ultima non abbia fornito una prova contraria. La correttezza e regolarità della notifica si evince, in maggior modo, dai dati presenti sulla ricevuta di consegna che contiene l'indirizzo del destinatario, quello del mittente, l'indicazione dell'ufficio postale da cui è partita la missiva, di quello di arrivo cui appartiene il postino addetto alla consegna dei plichi nella zona cui la stessa è diretta, il soggetto al quale è stata legittimamente consegnata la missiva, di quello di arrivo e le modalità di ritiro della stessa. Inoltre, una motivata impugnazione della cartella esattoriale, sana ogni suo eventuale vizio, in virtù del fatto che il fine a cui tende la notificazione - che la cartella sia regolarmente ricevuta dall'interessato - viene comunque realizzato.

C.N.

Sezione di diritto penale

Sentenze e ordinanze

Tribunale di Genova, 4 ottobre 2012 - Giudice Deplano.

FONTI normative - norma extra-penale integrativa di precetto penale - normativa comunitaria - contrasto tra norma interna e norma comunitaria - prevalenza della normativa comunitaria.

(Art. 2 c.p.)

Nel caso in cui la fattispecie incriminatrice, oggetto di contestazione, rinvii per la definizione del suo precetto e dei suoi parametri di valutazione ad una norma extra-penale interna, da interpretarsi alla luce della legislazione europea e delle sue successive modifiche (direttamente ed incondizionatamente applicabili in ogni stato membro), ove tra le due normative insorga un contrasto, in base al principio "Primaute" della norma europea, quest'ultima deve prevalere su quella nazionale con essa non compatibile, che deve, pertanto, essere disapplicata rendendo lecita "ex post" la condotta in origine contestata.

(Fattispecie in cui era stata contestata all'imputato, ai sensi dell'art. 5, lett g), L. 283/62, la diffusione nel territorio nazionale di un prodotto alimentare - nella specie pasta - contenente, additivo chimico E 102, Tartrazina, vietato ai sensi dell'allegato IV n. 13 del decreto ministeriale 209/1996; il Giudice, rilevando il contrasto tra la normativa interna e quella europea di cui all'art 2 Reg. CE 380/2012, che ha modificato il Regolamento Comunitario n. 1333/2008 (divieto dell'uso di Tartrazina nella pasta) e che ha reso lecita la commercializzazione dei prodotti alimentari contenenti l'additivo chimico contestato, ha, attuando il principio "Primaute" della prevalenza della normativa europea su quella nazionale, mandato assolto l'imputato perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato).

AN.CAR.

(... Omissis...)

Con decreto del Pubblico Ministero veniva citato a giudizio l'imputato (nella sua qualità di legale rappresentante della XX srl) per rispondere del reato cui all'art. 5 lett. G) L. 283 del 1962, meglio specificato in rubrica.

fatto accertato in Genova il 30.3.2009.

Il processo è stato istruito, contumace l'imputato, con l'audizione di testi e l'acquisizione di documentazione.

L'istruttoria espletata ha permesso di accertare quanto segue. La XX srl (si veda la fattura) comprò ed importò nel nostro Paese della pasta da impresa cinese con sede in Taiwan. Parte di tale pasta venne commercializzata e fu rinvenuta e sequestrata il 7.5.2009 (si veda la testimonianza del teste Y. dei NAS e la documentazione, tra cui il verbale di sequestro) presso un negozio - Asia Africa market- della locale Via Gramsci. La pasta era secca ed appariva di colore giallo paglierino pur non avendo nelle indicazioni la presenza di uovo. Le 5 confezioni sequestrate vennero inviate all'ARPAL per le analisi. Gli accertamenti (si veda rapporto finale 4919) evidenziavano la presenza nelle merce di colorante E102- nella misura di 28,9 milligrammi di tartrazina in ogni 100 grammi di pasta, e quindi 2,89 milligrammi per chilo- indicato come non ammesso nella tipologia di prodotto in questione come da previsione contenuta del decreto ministeriale

209 del 1996, allegato IV, numero 13 (pasta e gnocchi).

La norma di cui assume la violazione nel presente processo trova il proprio precetto ed i parametri di sua valutazione in norma non penale ed in particolare nella disciplina degli alimenti. Ciò porta ad una necessaria indagine preliminare sul se e sul come l'additivo chimico E102, Tartrazina, possa essere impiegato negli alimenti ed in particolare nella pasta. Solo all'esito di tale processo valutativo potrà procedersi a giudizio finalistico volto a verificare se sia stata integrata la fattispecie penale contestata. E quindi soltanto se la normativa in vigore in materia di alimento e in particolare di additivi chimici negli alimenti, prevede il divieto d'uso di E102 nella pasta potrà ritenersi integrata la fattispecie penale contestata. E questo anche perché la presente fattispecie penale richiede per il suo perfezionamento la sussistenza di un pericolo presunto e fa ciò con la tecnica del rinvio, proprio perché la valutazione di pericolosità alimentare nei confronti della collettività tutelata viene operata, a monte e, dalla norma specialistica extrapenale.

Ciò accertato in fatto e ciò anteposto, occorre soffermarsi sulla normativa applicabile al caso concreto, considerato che la norma nazionale indicata nel rapporto finale dell'ARPAL, deve essere valutata ed interpretata alla luce della copiosa legislazione europea anche ad essa successiva. Normativa che, per il principio di "Primaute della norma europea", in caso di contrasto tra norma interna e norma europea, deve portare ad un'applicazione della norma europea e ad una conseguente disapplicazione della norma interna con essa non compatibile.

Occorre premettere che con Regolamento CE 1331 del 2008 è stata introdotta una procedura uniforme di autorizzazione per ogni singolo additivo chimico. La normativa prevede in sintesi il procedimento di valutazione positiva dell'additivo condizionato al parere tecnico dell'EFSA - Agenzia Alimentare Europea- preposta per competenze istituzionali alla materia.

Con il Regolamento CE 1333 dello stesso anno (volto ad armonizzare l'utilizzo di additivi chimici negli alimenti) è stato introdotto il principio -art.18- del "Trasferimento", in virtù del quale la presenza di un additivo alimentare è autorizzata in determinate ipotesi.

La materia, già oggetto di ulteriori modifiche con i regolamenti Ce 1229-30-31 del 2011 è stata da ultimo interessata, per quanto concerne il colorante E102- che qui rileva- dal Regolamento 380 del maggio 2012.

E tale ulteriore riassetto normativo europeo è stato (come da procedimento normative sopra richiamato) preceduto da parere dell'Emsa del 10 settembre 201. Le conclusioni di tale studio sono state, in sintesi, nel senso che appare improbabile che la consumazione per via orale e negli attuali livelli d'uso dei coloranti presi in esami (tra cui l'E102) possa provocare gravi reazioni negative su esseri umani.

Il regolamento 380 ha modificato, per quanto concerne la Tartrazina, la Tabella contenuta nel precedente regolamento 1333 del 2008 (che vietava l'uso di Tartrazina nella pasta), prevedendo specificamente la modifica dell'Allegato II del regolamento 1333 del 2008, nel senso che: "4. I pigmenti di alluminio preparati a partire da tutti coloranti figuranti nella

tabella 1 della parte B sono autorizzati fino al 31 luglio 2014. Dal 1° agosto 2014 sono autorizzati solo i pigmenti di alluminio preparati a partire dai coloranti figuranti nella tabella 3 della parte A e solo nelle categorie alimentari per le quali sono esplicitamente stabilite, nella parte E, disposizioni relative ai limiti massimi per l'alluminio proveniente dai pigmenti coloranti.”

È inoltre aggiunta la tabella 3:

“tabella 3 - di cui si riporta la parte che interessa.

coloranti che possono essere utilizzati sotto forma di pigmenti coloranti Numero E

Denominazione E100 Curcumina - E102 Tartrazina

Di particolare rilievo nel caso che qui interessa è poi il comma 2 dell'articolo 2 del Regolamento indicato, che statuisce: 2. In deroga al paragrafo 1, i prodotti alimentari contenenti pigmento coloranti di alluminio e non conformi alle disposizioni del presente regolamento applicabili dal 1° agosto 2014, immessi legalmente sul mercato prima del 1° agosto 2014, possono continuare ad essere commercializzati fino al termine minimo di conservazione o alla data di scadenza.

Tali ultime previsioni normative europee, direttamente ed incondizionatamente applicabili in ogni Stato membro, e quindi anche nel nostro paese, sono state anche oggetto di apposita circolare del Ministero della Salute del 22.5.2012. In conclusione si deve ritenere che in virtù del disposto dell'art. 2 del regolamento 380 del 2012, che introduce il principio di liceità della commercializzazione di prodotti alimentari già in commercio al 1° agosto 2014, la commercializzazione della pasta contenente e 102 contestata all'imputato non contravviene più al divieto di cui alla normativa interna in origine contestata (D. M 209 del 1996) poiché la norma regolamentare europea prevale su quella nazionale, che conseguentemente dev'esser disapplicata, rendendo lecita “ex post” la condotta contestata.

L'imputato dev'esser assolto perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

PQM

visto l'art. 2 cp e 530 Cpp assolve — dal reato ascritto perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

I

Tribunale di Genova, sez. per il Riesame, ord. 13 gennaio 2012 - Pres. ed Est. Califano.

MISURE CAUTELARI - custodia cautelare in carcere - revoca e sostituzione - condizioni di salute - perizia - modalità - contraddittorio - utilizzabilità.

(Artt. 275, 299 e 310 c.p.p.)

L'art. 299 c.p.p. comma 4-ter, nei primi due periodi, consente al Giudice di provvedere “d'ufficio e senza formalità” agli accertamenti sulle condizioni di salute o su altre condizioni o qualità personali del soggetto quando non sia in grado di decidere allo stato degli atti ma, nel terzo periodo, e nella specifica ipotesi in cui la richiesta di revoca o sostituzione della misura della custodia cautelare in carcere si basi sulle condizioni di salute di cui all'art. 275 c.p.p., comma 4-bis (che indica come preclusive della custodia in carcere le condizioni di salute particolarmente gravi incompatibili con lo stato di detenzione comunque tali da non consentire adeguate cure in regime carcerario) fa carico al Giu-

dice, ove egli non ritenga di accogliere la richiesta, di disporre accertamenti medici “nominando un perito” e, cioè, da espletarsi con le formalità e le garanzie previste per la perizia; garantendo, dunque, pur nella speditezza dell'accertamento richiesta anche in tale ipotesi (“con immediatezza e comunque non oltre il termine previsto nel comma 3°, di gg. 5”) il necessario contraddittorio alle parti. (1)

È inutilizzabile il risultato della perizia assunta del procedimento cautelare ex art. 299 c.p.p. nel caso in cui non sia stato garantito il contraddittorio fra le parti. (2)

In senso conforme: Cass., sez. un., 17 febbraio 1999 n. 3; Cass., sez. I, 21 dicembre 2000, n. 4383; Cass., sez. II, 14 marzo 2000 n. 1414; Cass., sez. V, 15 febbraio 2006, n. 10190; Cass., sez. VI, 9 gennaio 2008, n. 4050; Cass., sez. V, 16 maggio 2008, n. 23611; Cass., sez. I, 4 marzo 2010, n. 16547; Cass., sez. V, 9 giugno 2010, n. 27295.

II

Corte di Cassazione, sez. VI pen., 21 marzo 2012, n. 14237.

MISURE CAUTELARI - custodia cautelare in carcere - revoca e sostituzione - condizioni di salute - impugnazioni in materia cautelare - appello - perizia - obbligatorietà - motivazione.

Nel caso in cui, essendo stata formulata - da un consulente tecnico “medico” - una analitica ed argomentata diagnosi di incompatibilità, corredata da una adeguata giustificazione di tipo medico legale, priva di illogicità scientifiche palesi o di incongruenze espositive, il Giudice, per superare detto “giudizio tecnico sulle patologie rilevate” (tali da non consentire adeguate cure in carcere), non può fare esclusivo riferimento alle sue competenze conoscitive ma è tenuto a disporre un accertamento peritale. (3)

(Art. 275, 299 e 310 c.p.p.)

I

(... Omissis...)

La difesa di M.C. presentava al Gip istanza di revoca o sostituzione della misura in corso adducendo che le condizioni di salute dell'indagato renderebbero incompatibile la sua permanenza in carcere o quantomeno costituirebbero un elemento tale da poter reputare attenuate le esigenze cautelari già ravvisate non potendosi ravvisare esigenze di eccezionale rilevanza.

Contestava poi la difesa la sussistenza dei gravi indizi in punto ruolo del C. nell'ambito della organizzazione denominata n'drangheta e assenza di connati intimidatori nella condotta dell'indagato.

Con ordinanza 28 novembre 2011 il Gip, ritenendo non applicabile il disposto di cui all'art. 275 comma 4 c.p.p., disponeva perizia medico legale sulle condizioni di salute del C. delegandone l'espletamento al Gip presso il Tribunale di Siracusa, luoghe ove il C. è detenuto.

Il Gip presso il Tribunale di Siracusa restituiva gli atti con provvedimento in data 29/11/2011 osservando che si trattava di richiesta “ non ammissibile. In nessuna norma di legge si prevede che possa essere delegato ad altra A.G. L'espletamento di perizia medico legale”.

In data 29 novembre il Gip presso il Tribunale di Genova,

preso atto del provvedimento del Gip presso il Tribunale di Siracusa, nominava il perito conferendo l'incarico peritale per l'udienza del 2/12/2011. In data 14/12/2011 veniva depositato l'elaborato peritale e con ordinanza 14 dicembre 2011 il Gip respingeva l'istanza difensiva richiamando l'ordinanza 28 novembre 2011, nella parte in cui non riteneva applicabile il disposto dell'art. 275 comma 4 c.p.p. in ragione delle eccezionali esigenze cautelari già ravvisate nonché le conclusioni del perito in ordine alle condizioni di salute del C.

La difesa ha proposto appello avverso "il combinato disposto delle ordinanze 28/11/2011 e 14 dicembre 2011"; l'atto di appello veniva iscritto solo in relazione all'ordinanza 14 dicembre atteso che l'ordinanza 28 novembre, pur premettendo alcune considerazioni in ordine alla gravità indiziaria ed alle eccezionali esigenze cautelari, si concludeva con un dispositivo in cui si disponeva perizia medico legale, e quindi avente ad oggetto materia estranea allo status liberatis che non può essere trattata in sede di appello. In ogni caso il richiamo alle eccezionali esigenze cautelari, contenuto nella ordinanza 14 dicembre, oggetto dell'odierno appello, impone a questo Tribunale una valutazione anche di questo profilo, diversamente dal profilo indiziario su cui la difesa non ha proposto appello.

Ciò detto con il primo motivo la difesa eccepisce sostanzialmente, l'inutilizzabilità del contenuto della perizia medico legale disposta dal Gip per omesso avviso ai difensori.

L'osservazione della difesa è corretta.

L'art 299 c.p.p., comma 4 ter, nei primi due periodi, consente al giudice di provvedere "d'ufficio e senza formalità" agli accertamenti sulle condizioni di salute o su altre condizioni o qualità personali del soggetto quando non sia in grado di decidere allo stato degli atti ma, nel terzo periodo, e nella specifica ipotesi in cui la richiesta di revoca o sostituzione della misura della custodia cautelare in carcere si basi sulle condizioni di salute di cui all'art. 275 c.p.p., comma 4 bis (che indica come preclusive della custodia in carcere le condizioni di salute particolarmente gravi incompatibili con lo stato di detenzione comunque tali da non consentire adeguate cure in regime carcerario), fa carico al giudice, ove egli non ritenga di accogliere la richiesta, di disporre accertamenti medici "nominando un perito" e, cioè, da espletarsi con le formalità e le garanzie previste per la perizia; garantendo, dunque, pur nella speditezza dell'accertamento richiesta anche in tale ipotesi ("con immediatezza e comunque non oltre il termine previsto nel comma 3" di gg. 5) il necessario contraddittorio alle parti (Cass. Sez. Un. 17.2.1999 n. 3, Femia; Cass. Sez. IA, 21.12.2000/1.12.2001 n. 4383, P.M. in proc. Saja; Cass. Sez. 2^a 14.3.2000 n. 1414 Santoro). Di conseguenza, stante l'inutilizzabilità degli esiti della perizia, questo Collegio deve procedere all'esame dell'appello difensivo valutando le altre considerazioni contenute nella ordinanza reiettiva nonché gli esiti della consulenza di parte, depositata al Gip e presente in atti, che conclude per l'incompatibilità delle condizioni di salute del C. con il regime carcerario.

La difesa, con riferimento alla ordinanza del Gip, eccepisce in primo luogo la violazione dell'art. 275 comma 4 c.p.p. sottolineando come il Gip abbia omesso di prendere in considerazione l'incensuratezza dell'indagato, l'assenza di carichi pendenti, la mancanza di contestazione di reati fine, l'età del C. e gli esiti delle indagini difensive da cui emerge una personalità del C.; esente da rilievi.

Sul punto il Gip ha richiamato l'ordinanza di questo Tribunale, non appellata dalla difesa e quindi passata in giudicato, nella parte in cui aveva ravvisato l'eccezionalità delle esigenze cau-

telari a carico del C. Osserva la difesa che nel caso di specie non può essere invocato il giudizio cautelare giacché la richiesta difensiva si fonda su elemento diverso, non preso in considerazione da questo Tribunale nella propria ordinanza, vale a dire le condizioni di salute dell'indagato, ritenute dalla difesa incompatibili con il regime carcerario o quantomeno tali da renderle meno pregnanti, a fronte della età del prevenuto, così da poter giungere ad una sostituzione della misura imposta.

I motivi di appello si fondano, dunque, proprio sulle condizioni di salute del C. per come sono descritte nella relazione medico legale della difesa.

Il consulente dell'indagato segnala che il C. è affetto da :

Ipertensione arteriosa

Episodi di melena ricorrenti

Esiti di distacco della retina in OD e cataratta OS

Sindrome depressiva

Cervicoalgie in poliartriosi

Si afferma poi che il paziente necessita di:

- monitoraggio periodico ravvicinato e revisione della terapia medica per problema ipertensivo;
- esecuzione di esame polisonnografico che è possibile eseguire solo in struttura ospedaliera e necessita di sorveglianza sanitaria;
- esecuzione di esame colonscopico tenendo conto del dato anamnestico di pregresse emorroidectomie e l'attuale presenza di ricorrenti episodi di melena come affermato dallo stesso paziente;
- supporto psicologico ed eventuale terapia psichiatrica per lo stato depressivo.

Il consulente conclude affermando che "sarebbe quanto mai indicato in prima battuta, un provvedimento, il trasferimento in Ospedale possibilmente vicino alla residenza dei famigliari per poter mettere in atto l'opportuna assistenza durante il ricovero. Sotto un profilo squisitamente medico-legale i può affermare che allo stato attuale le condizioni di salute del C. in funzione del complesso morbosus supra riportato, sono incompatibili con la detenzione sotto qualunque forma possa essere attuata".

È di tutta evidenza che la conclusione circa l'incompatibilità delle condizioni di salute, per come descritte dal consulente, e priva di motivazione; si tratta di affermazione che non spiega quali siano le ragioni che precludono l'attuazione delle cure del paziente in ambito carcerario.

Infatti, analizzando singolarmente le malattie riscontrate dal consulente, si osserva che:

la diagnosi di OSAS deriva da quanto riferito dal paziente mentre, come afferma lo stesso consulente, si renderebbe necessaria una verifica strumentale che ben può essere effettuata presso un nosocomio anche in regime di detenzione, l'ipertensione arteriosa è controllata attraverso la terapia farmacologica e le visite cardiologiche, che risultano dagli atti; del resto lo stesso consulente deduce l'insufficiente risposta farmacologica dal fatto che il paziente riferisce acufeni e crisi vertiginose ricorrenti, trascurando di considerare che entrambe le manifestazioni lamentate dal paziente potrebbero imputarsi ad altre patologie non necessariamente di carattere fisico ma psicologico,

le perdite ematiche sono state valutate dai sanitari come episodi connessi alla ragade in relazione alla quale vi è indicazione chirurgica,

quanto alla cataratta, l'intervento è già stato programmato, la sindrome depressiva ravvisata dal consulente non pare corrispondere a quanto emerge dagli atti: al momento il C. assume un farmaco, Tavor, atto a contrastare disturbi di tipo

ansioso, disturbi che sono descritti dallo stesso consulente di parte (pianti, preoccupazioni per la famiglia, sofferenza per la carcerazione) ma che non sono inquadrabili una seria diagnosi di depressione.

In conclusione le condizioni di salute del C. non appaiono affatto incompatibili con la detenzione poiché egli risulta affetto da patologie che ben possono essere affrontate all'interno della struttura carceraria con eventuale trasferimento del paziente in ambito ospedaliero nei casi in cui i sanitari lo ritenessero opportuno per l'esecuzione di esami strumentali.

Sul punto vale appena la pena di precisare che la richiesta difensiva di disporre nuova perizia non può essere accolta considerando che questo Tribunale è privo di poteri istruttori.

Si tratta ora di valutare se le dedotte condizioni di salute siano tali da costituire elemento incidente sulle esigenze cautelari tanto da poterle ritenere attenuate.

Si tratta di un complesso di affezioni chiaramente connesse all'età dell'indagato e presenti già precedentemente alla carcerazione, fatta eccezione per lo stato ansioso indubitabilmente derivante dalla carcerazione. Si tratta di patologie, non gravi, che non incidono minimamente sulle capacità criminali del soggetto tanto che la loro presenza, antecedente alla carcerazione, non ha avuto alcun rilievo sulle condotte oggetto della imputazione. In sostanza le patologie lamentate dal C. non gli hanno impedito di partecipare attivamente alla associazione denominata N'drangehta e dunque non possono, in oggi, essere considerate come elemento da cui dedurre una limitata capacità a delinquere.

Quanto alla eccezionalità delle esigenze si tratta di tema già affrontato da questo Tribunale in sede di riesame e sul quale, in assenza di impugnazione ed una volta esclusa la sussistenza dell'elemento nuovo rappresentato dalle condizioni di salute, e sceso il giudicato cautelare.

Tuttavia poiché il Gip nella ordinanza 14 dicembre richiama quanto affermato nella ordinanza 28 novembre, nella quale, pur citando l'ordinanza di questo Tribunale in punto esigenze cautelari e concludendo per l'esistenza di un giudicato, ha nuovamente affrontato il tema, questo Collegio ha l'obbligo di esaminare nuovamente detto profilo.

Sul punto il Tribunale osserva che, se è pur vero che l'eccezionalità delle esigenze non può essere ricavata dal titolo di reato, è altrettanto vero che nella valutazione delle pericolosità del soggetto non può prescindere dall'esame delle modalità del fatto e della condotta posta in essere dal soggetto e ciò allo scopo di verificare se misure diverse da quella carceraria possano soddisfare l'esigenza di prevenire il pericolo di reiterazione del soggetto.

Il C. accusato di essere il responsabile dell'associazione per il ponente ligure, e sul punto la difesa nulla ha eccepito, è personaggio di spicco della n'drangheta tanto da essere coinvolto, a livello decisionale, in tutte le vicende dell'associazione, anche quelle relative all'appoggio di candidati alle elezioni, e tanto da partecipare alle riunioni di concessione dei gradi agli affiliati.

A riscontro di tale ricostruzione accusatoria si rammenta che la perquisizione a suo carico ha consentito di rinvenire la documentazione scritta contenente le formule di rito da utilizzare al momento della affiliazione.

Ciò detto è chiaro che, come è noto, l'inserimento organico in associazioni come la n'drangheta non consente all'interessato di sciogliere il vincolo che lo lega i agli altri associati e d'altra parte il sostegno all'associazione ben può essere realizzato anche nell'ambito di misura domestica pur in presenza di controlli di Polizia.

Ed allora è chiaro che nel caso di specie la peculiarità della vicenda e l'estrema pericolosità della organizzazione di cui è accusato di far parte il C. rendono, non solo concreto ed attuale il pericolo di reiterazione, ma consentono di ritenere eccezionali le esigenze così ravvisate poiché risulterebbe assolutamente inadeguata misura diversa da quella in corso attesa l'impossibilità di altre misure di spezzare l'antico e profondo legame del C. con l'organizzazione di cui è accusato di far parte. In sostanza l'eccezionalità delle esigenze deriva proprio dalla certezza che il radicamento del C. nella organizzazione, con ruolo apicale, non può venir meno se non attraverso l'applicazione della misura custodiale massima. L'appello deve quindi essere respinto con condanna del ricorrente al pagamento delle spese del procedimento incidentale.

P.Q.M.

Visto l'art. 310 c.p.p.

Respinge l'appello proposto da C. M. (...omissis...)

(1-3) Forme e garanzie processuali nell'espletamento della perizia ex art. 299 c.p.p.

Sommario: 1. *Premessa sulla vicenda processuale* - 2. *La perizia di cui all'art. 299 co. 4-ter c.p.p. e le modalità dell'espletamento* - 3. *I poteri istruttori del Tribunale del Riesame* - 4. *Obblighi di motivazione e limiti decisori del Giudice.*

1. Premessa sulla vicenda processuale.

L'imputato che ha impugnato, prima, l'ordinanza del Gip e, poi, quella del Tribunale era accusato del delitto di cui all'art. 416-bis c.p. e, pertanto, sottoposto alla duplice presunzione di cui all'art. 275 co. 3 c.p.p. ma, al contempo, versava nelle condizioni personali (sia per età che per condizioni di salute) di cui ai successivi commi 4 e 4-bis dell'articolo da ultimo citato. Ciò determinava la difesa a chiedere la revoca della misura cautelare di massimo rigore o, quantomeno, la sostituzione con altra che fosse meno affittiva, in considerazione dell'età e delle condizioni di salute dell'imputato. A tal fine veniva depositata istanza ex art. 299 c.p.p. nella quale si rappresentava il defedato stato di salute dell'istante, allegando altresì la relazione di un medico legale che - munito delle richieste autorizzazioni - aveva visitato il paziente ristretto in carcere e ne aveva esaminato la cartella clinica, certificando l'esistenza di un complesso compendio patologico che non appariva curabile fra le mura carcerarie.

La Procura non nominava un proprio consulente tecnico ed il Gip disponeva il compimento di una perizia, nominando un medico legale cui conferiva l'incarico di detto espletamento probatorio. Di ciò, però, non dava in alcun modo notizia all'imputato ed ai suoi difensori, i quali non partecipavano alla formulazione del quesito peritale né potevano garantire la partecipazione di un C.T.P. ai lavori peritali, i quali si concludevano in assenza di alcuna forma di contraddittorio. La perizia così assunta contestava le conclusioni indicate dal C.T.P. nella relazione allegata all'istanza di revoca della misura e concludeva per la compatibilità dello stato di salute del periziato con la detenzione carceraria.

Avverso tale decisione proponeva appello la difesa dell'imputato, lamentando l'assoluta inutilizzabilità della perizia assunta in assenza del contraddittorio, chiedendo in principio che il Tribunale del riesame revocasse l'ordinanza im-

pugnata, giudicando invece in conformità di quanto indicato nella relazione medica di parte, costituente unico supporto medico legale utilizzabile in quel momento processuale; in subordine che provvedesse ad un nuovo accertamento medico nel rispetto dell'art. 220 e ss. c.p.p.

Il Tribunale del Riesame - con l'ordinanza in commento e da cui sono tratte le prime due massime - da un lato, concordava con quanto assunto nei motivi di gravame, giudicando inutilizzabile la perizia assunta senza previo avviso ai difensore; dall'altro lato, però, decideva nel merito confermando il provvedimento del GIP, assumendo, unicamente per scienza privata, che le argomentazioni medico legali del C.T.P. non potessero essere condivise.

Avverso tale decisione proponevano ricorso per Cassazione i difensori dell'imputato lamentando il vizio di motivazione dell'ordinanza nella parte in cui disattendeva ad un parere medico espresso da un professionista limitandosi ad osservare che le patologie descritte «possono essere affrontate all'interno della struttura carceraria con eventuale trasferimento del paziente in ambito ospedaliero nei casi in cui i sanitari lo ritenessero opportuno per l'esecuzione di esami strumentali».

La Suprema Corte annullava con rinvio l'ordinanza impugnata nella parte in cui il Tribunale territoriale aveva compiuto valutazioni mediche opposte a quelle del C.T.P. senza assumere una perizia sul punto. Gli altri motivi venivano considerati assorbiti e implicitamente accolti.

Senza voler esaminare in questa sede le relazioni intercorrenti fra le opposte presunzioni - di massima pericolosità e di diminuita pericolosità - di cui alle disposizioni citate (1), si intende trattare invece della natura pressoché obbligatoria della perizia medico legale di cui all'art. 299 co. 4-ter c.p.p., le modalità attraverso le quali tale espletamento deve essere effettuato e l'onere motivazionale imposto al Giudice in questo genere di decisioni.

2. La perizia di cui all'art. 299 co. 4-ter c.p.p. e le modalità dell'espletamento.

Sia la giurisprudenza di legittimità che la dottrina(2) hanno chiarito che l'art. 299 co. 4-ter c.p.p. si compone in realtà di due norme differenti: la prima - composta dai primi due periodi del comma - che riguarda accertamenti generici e che possono compiersi in maniera informale e, quindi, senza anche alcuna comunicazione alla difesa; la seconda - di cui agli ultimi due periodi della disposizione in esame - che costituisce invece norma speciale, avendo ad oggetto le istanze basate «sulle condizioni di salute i cui all'art. 275, comma 4-bis c.p.p., ovvero se tali condizioni di salute sono segnalate dal servizio sanitario penitenziario, o risultano in altro modo al Giudice». In quest'ultima ipotesi l'accertamento medico avviene pressoché obbligatorio ed anche le modalità per l'espletamento cambiano poiché, anziché indicarsi la formula «anche di ufficio e senza formalità» di cui al primo periodo, il Legislatore rinvia espressamente alla disciplina di cui all'art. 220 e ss c.p.p.

L'attuale assetto normativo, pur ripetutamente modificato nel tempo, è fondato sulla novella di cui alla L. 332/1995, la quale ha introdotto la dicotomia sopra succintamente ricordata e che è già stata oggetto di una pronuncia delle Sezioni unite(3), le quali avevano precisato la *regola iuris* per cui l'accertamento medico e la nomina del perito costituiscono adempimenti obbligatori per il Giudice adito a meno che: ritenga già, allo stato degli atti, di poter accogliere l'istanza difensiva;

giudichi, in via preliminare, inammissibile la richiesta ex art. 299 c.p.p.

Quanto all'ipotesi *sub a)* *nulla quaestio*, certamente più controversa la decisione di cui al punto b), riguardo al quale si sono verificate oscillazioni della giurisprudenza di legittimità dopo la citata pronuncia delle Sezioni Unite, le quali - pur non essendo state citate nella parte motiva - certamente possono aver influenzato la decisione in commento.

Si ribadisce che il principio esposto nella ricordata sentenza del 1999 preclude al Giudice del merito di esprimere valutazioni in ordine alle condizioni di salute dell'imputato (o indagato), prevedendo che questi possa negare la perizia solamente nelle ipotesi di inammissibilità della richiesta, nelle quali attivare comunque la procedura peritale significherebbe esclusivamente un inutile dispendio di danaro ed energie. Quando la Suprema Corte utilizza l'espressione «inammissibilità» non può che ritenersi che si riferisca al significato tecnico giuridico del termine, intendendo - quindi - unicamente quelle situazioni nelle quali un vizio della richiesta determina per il Giudice l'impossibilità di decidere nel merito. A mero titolo esemplificativo si rappresenta il caso in cui il richiedente, che abbia già proposto una richiesta ex art. 299 c.p.p., ottenuta la perizia medica in un procedimento rispettoso delle garanzie formali previste dal codice di rito, si sia visto respingere la propria istanza poiché le condizioni di salute erano state giudicate compatibili con la detenzione cautelare, proponga una nuova richiesta di revoca o modifica della misura cautelare senza che si sia verificata alcuna evoluzione *in pejus* del quadro clinico. In una simile ipotesi è chiaro che la nuova istanza è preclusa e resa inammissibile dalla formazione del c.d. giudicato cautelare(4), di talché l'espletamento di una nuova perizia sarebbe privo di ogni utilità processuale(5).

Giurisprudenza di legittimità successiva, tuttavia, aveva interpretato diversamente i limiti decisionali riguardo all'onere di disporre la perizia in parola, assumendo che spetti al Giudice un previo controllo sul «*fumus*» della possibile diagnosi di incompatibilità della detenzione carceraria con le condizioni di salute del prevenuto(6).

Da tale orientamento emerge una rilevante differenza rispetto al già ricordato *dictum* delle sezioni unite poiché l'accertamento del *fumus* comporta che il Giudice, necessariamente, entri nel merito della valutazione medica, anziché limitarsi ad un mero controllo formale, delegando ogni rilievo nel merito al perito all'uopo nominato.

Appare, invece, condivisibile l'ordinanza in commento nella parte in cui riconosce l'inutilizzabilità del contenuto della perizia effettuata in assenza del contraddittorio fra le parti processuali: ciò perché il rinvio effettuato dall'art. 299 c.p.p. all'art. 220 e seguenti deve intendersi, ovviamente, esteso anche all'art. 225 c.p.p., il quale prevede la facoltà delle parti di nominare propri consulenti. Proprio in questa materia la dottrina si è recentemente espressa ravvisando una nullità di ordine generale ex art. 178 lett. c) c.p.p., determinata dalla violazione del diritto al contraddittorio derivante dal fatto di non aver messo le parti in condizioni di poter sviluppare il contraddittorio sulla perizia(7).

3. I poteri istruttori del Tribunale del Riesame.

Prima di confutare nel merito le conclusioni esposte dal consulente medico legale, il Tribunale genovese ha premesso che, in ogni caso, non avrebbe potuto ordinare il rinnovamento della perizia, stante l'assenza di poteri istruttori in capo a tale organo giudiziario. Anche tale assunto è stato de-

stituito di fondamento dalla Corte di Cassazione, che censurando l'ordinanza nella parte in cui non ha disposto nuova perizia, ha implicitamente riaffermato il principio per cui, quantomeno nel caso di cui all'art. 299 c.p.p., anche il Giudice dell'appello cautelare è legittimato ad ordinare il compimento di una perizia, senza che si renda necessario il rinvio degli atti al GIP per espletamento di detto incumbente. Anche questo principio di diritto, seppur affermato con minor frequenza e chiarezza rispetto all'obbligo di perizia per il GIP nei termini anzidetti, si fonda sul tenore letterale dell'art. 299 c.p.p. nella parte in cui prevede che il potere-dovere di disporre perizia si estenda «in ogni stato e grado del procedimento». L'argomento fondato sul tenore letterale della norma già emerge da alcune precedenti decisioni della Suprema Corte la quale, fin dalla modifica al disposto dell'art. 299 c.p.p. aveva statuito che: «Attesa l'ampia formulazione dell'art. 299 comma 4 ter, c.p.p., in base alla quale è attribuito al Giudice "in ogni stato e grado del procedimento", il potere di disporre accertamenti sulle condizioni di salute dell'imputato, non è censurabile il provvedimento di un tribunale che, investito di appello proposto dal p.m. avverso ordinanza sostitutiva della custodia in carcere con gli arresti domiciliari, per ritenute ragioni di salute dell'imputato, disponga perizia medica onde accertare l'effettiva sussistenza e rilevanza di dette ragioni» (8). Tale principio è stato di recente ribadito in toni ancora più decisi, passando dall'affermazione del mero *potere* del Tribunale di disporre perizia a quella del *dovere* di provvedere in tal senso nel caso di inerzia del primo Giudice (9).

Ed ancora, in una situazione opposta rispetto a quella di cui alle decisioni in commento, ovvero in caso di appello proposto dal P.M. avverso il diniego di applicazione di misura cautelare, la Corte di Cassazione ha precisato che non si può assumere alcun provvedimento sfavorevole per il reo in presenza di contenzioso sulle sue condizioni di salute senza una perizia medico legale; escludendo che il Tribunale, investito da simile impugnazione, possa accogliere il gravame, applicando la misura cautelare senza disporre a sua volta perizia (10).

Concorda sul punto la dottrina, la quale ricollega la necessità che il Tribunale del Riesame possa disporre accertamenti peritali alla circostanza che sia questo l'organo giudiziario preposto all'impugnazione delle ordinanze cautelari, ivi comprese quelle appellate per l'omesso espletamento degli accertamenti medici necessari (11). D'altra parte la soluzione opposta, cioè quella che vorrebbe il Tribunale del Riesame privo di poteri istruttori determinerebbe la necessità per tale organo di annullare l'ordinanza con rinvio in ogni caso in cui vi sia carenza o vizio della perizia: conclusione del contrastante con il principio per cui ove possibile sia preferibile evitare la regressione del processo.

4. Obblighi di motivazione e limiti decisori del Giudice.

Oltre a confermare gli orientamenti già ricordati, la Cassazione aggiunge un principio nuovo, o meglio, la precisazione di un principio già desumibile dalla propria precedente giurisprudenza, secondo il quale, nel caso in cui la parte decida di unire, a sostegno della propria domanda, la relazione di un medico legale, il Giudice investito della decisione non può disattendere le conclusioni esposte dal consulente senza addurre un'adeguata motivazione.

A tal proposito la Cassazione aveva già precisato che detta allegazione non costituisce un obbligo per il richiedente, poiché non incombe su di lui l'onere della prova dell'esistenza di una condizione di salute incompatibile con lo stato di detenzione (12); con la sentenza in commento, invece, la Su-

prema Corte ha affermato che, nel caso in cui la persona sottoposta a misura cautelare decida di avvalersi di una consulenza in tal senso, il Giudice non potrà contestare le conclusioni mediche facendo unicamente ricorso alla scienza privata, a meno che - ovviamente - tali argomentazioni scientifiche non siano *ictu oculi* incontestabili. Si versa, quindi, in una delle ipotesi in cui il Giudice, pur essendo *peritus peritorum*, viene gravato di un onere motivazionale ulteriore, ovvero quello di indicare le ragioni di ordine tecnico scientifico che hanno indotto a preferire una valutazione rispetto ad un'altra, principio di giudizio già comunemente applicato in tema di valutazione della prova scientifica (13). Di fatto, nel caso in cui il richiedente allegi una congrua relazione medico legale il Giudice potrà scegliere solo fra accettarne le conclusioni o nominare un perito, non potendo confutare nel merito per mera scienza privata le valutazioni scientifiche, a pena di viziare la logicità della motivazione. La sentenza annotata, infatti, precisa che: «quando il Giudice del merito, senza un adeguato supporto di riscontri medico-legali, in relazione ad apprezzamenti che richiedono particolari cognizioni scientifiche, abbia disatteso il parere di periti o consulenti tecnici di parte pubblica o privata, sulla base di valutazioni empiriche, il suo convincimento riceve sostanziale giustificazione da criteri probabilistici, i quali possono indicare ipotesi congetturalmente attendibili e non di certezza, con conseguente vizio logico della decisione». Il predetto principio compariva già nella citata sentenza Ciman del 1992, ma la differenza rispetto a tale decisione è che qui si stava valutando la condizione di salute della persona sottoposta a custodia cautelare, mentre nel precedente invocato dalla Corte di Cassazione si trattava di valutare la penale responsabilità dell'imputato.

Infine può concludersi che la Suprema Corte sembrerebbe orientata verso la linea di maggiore garanzia inaugurata dalla Sezione Unite Femia, ma non sempre rispettata fino in fondo dalla giurisprudenza di legittimità successiva e che, in ogni caso, l'allegazione di una relazione medico legale opportunamente motivata permette comunque di superare il vaglio preliminare sul *fumus* di incompatibilità con il regime detentivo, qualora il Giudice adito *ex art. 299 c.p.p.* intendesse, invece, applicare la giurisprudenza minoritaria.

**Alessandro Torri, Avvocato, Foro di Genova
Dottorando in diritto e procedura penale
presso l'Università di Genova**

Note:

(1) Cass. sez. I, 16 gennaio 2008, n. 5840, in *Cass. pen.* 2009, 9, 3532; Cass. sez. VI, 18 marzo 2011, n. 14571; conf.: Cass. sez. I, 13 febbraio 2003, n. 11965.

(2) Per primo in ordine cronologico Riviezzo, *Custodia cautelare e diritto di difesa*, Giuffrè, 1995, p. 67; poi Catalano, *L'accertamento delle condizioni di salute dell'indagato*, in Amodio, *Nuove norme sulle misure cautelari e sul diritto di difesa*, Giuffrè, 1996.

(3) Cass. Sez. Un. 17.2.1999 n. 3, Femia; con nota adesiva di Bernasconi, in *Cass. pen.* 1999, 3103 e ss.

(4) In generale, su tale istituto, si vedano in dottrina: Aprile, *Sui presupposti e le condizioni per la configurabilità del c.d. "giudicato cautelare"*, in *Cass. pen.* 2008, 2520 e ss.; Vitiello, *Sui limiti del giudicato cautelare*, in *Cass. Pen.* 2005, 3934; Boninsegna, *Dal c.d. giudicato cautelare, un limite alla presun-*

zione di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p., in *Archivio della nuova procedura penale*, 1997 681 e ss.; Auletta, *Variazioni sul tema del giudicato cautelare*, in *Giurisprudenza italiana*, 1996, IV, 1 e ss.

(5) In un simile caso sarà onere del richiedente provare l'esistenza dell'elemento di novità rispetto al quadro patologico già oggetto di accertamento, individuando nuove patologie ovvero i peggioramenti del quadro patologico preesistente, così da introdurre un elemento di novità idoneo a superare il giudicato cautelare, il quale, secondo la Suprema Corte: « ha una portata meno estesa della cosa giudicata, coprendo, infatti, soltanto le questioni dedotte e non quelle deducibili ed è operante soltanto allo "stato degli atti"; per superare la preclusione è necessario, quindi, che siano adottati nuovi motivi idonei a far ritenere superata la situazione in essere al momento della prima decisione o che, comunque, vengano dedotte questioni che, pur già risultando dagli atti del procedimento, non abbiano mai formato oggetto di valutazione, esplicita o implicita » (Cass. sez. IV, 6 marzo 2007, n. 20201; conf. sez. II, 12 luglio 2007, n. 35482).

(6) Pur trattandosi di giurisprudenza minoritaria si indicano in tal senso: Cass. sez. II, 10 luglio 2008; n. 29144; Cass. sez. I, 14 febbraio 2008, n. 12698; Cass. sez. VI, 3 marzo 2006, n. 12838.

(7) Montanile, *Perizia medico-legale disposta dal giudice e richiesta di sostituzione della misura cautelare per ragioni di salute*, in *Dir. pen. e proc.* 2012, 79-80.

(8) Cass. sez. I, 1 aprile 1996, n. 6321.

(9) Cass. sez. I luglio 2010, n. 28738: «Il provvedimento im-

pugnato è da ritenere pertanto emesso in violazione delle norme di legge sopra evidenziate, in quanto il Tribunale di Messina, in presenza della patologia sopra descritta, nonché di un allegato aggravamento della stessa, intanto poteva ritenere le condizioni di salute del ricorrente compatibili col regime carcerario, in quanto fosse stata espletata perizia medica ex art. 220 c.p.p. e segg. c.p.p.; il che nella specie non si è verificato. Dal che consegue la necessità di un annullare il provvedimento impugnato, con rinvio degli atti al Tribunale di Messina, affinché, in piena autonomia di giudizio, esamini nuovamente l'istanza proposta da M.G., tenendo presenti i principi di diritto sopra evidenziati».

(10) Cass. 17 gennaio 1996, Bruno, in *C.E.D. Cass.* n. 204940.

(11) Albani Marinelli, *Misure Cautelari in materia di libertà personale e sequestro penale*, Giuffrè, Milano, 2007; Bassi Epidendio, *Guida alle impugnazioni dinanzi al Tribunale del Riesame*, Giuffrè, Milano, 2004, 310-311, in cui si precisa che, pur non mancando una prassi unitaria, nel caso di integrazione probatoria ex art. 299 c.p.p. il giudizio di appello cautelare dovrebbe articolarsi su due udienze, evidentemente la prima per garantire il contraddittorio sulla formulazione del quesito e sulla nomina del perito; la seconda per tutelare invece la dialettica sugli esiti dell'esame peritale.

(12) Cass. Sez. IV, 23 gennaio 1996, Leonardi.

(13) In giurisprudenza si veda Cass. sez. V, 29 maggio 1992, Ciman; in dottrina: De Cataldo Neuburger, *La prova scientifica nel processo penale*, Cedam, Padova, 2008, 239.

Massime

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 1 febbraio 2012 - Giudice Orsini.

CAUSE di giustificazione - eccesso colposo nella legittima difesa - sussistenza dei presupposti della scriminante - superamento dei limiti ad essa immanenti - valutazione ex ante - inadeguatezza della reazione difensiva per eccesso - ulteriore differenziazione - eccesso dovuto ad errore di valutazione - eccesso colposo delineato dall'art. 55 c.p. - eccesso consapevole e volontario - superamento degli schemi della scriminante - insussistenza.

(Art. 55 c.p.)

TENTATIVO - prova del dolo - natura indiretta - idoneità dell'azione - prognosi formulata ex post.

(Art. 56 c.p.)

La figura dell'eccesso colposo di legittima difesa sottintende per essere esaminata la sussistenza dei presupposti della scriminante e si concreta nel superamento dei limiti ad essa immanenti: ne deriva che, ove non sia giuridicamente prospettabile l'esimente della legittima difesa, non possa essere concettualmente ipotizzabile neppure l'eccesso colposo. Infatti, la Suprema Corte ha più volte affermato che per stabilire se in una determinata vicenda fattuale si sono ecceduti i limiti della legittima difesa bisogna innanzitutto accertare con valutazione ex ante l'inadeguatezza della reazione difensiva per eccesso nell'uso dei mezzi a disposizione dell'agredito in una precisa situazione e poi procedere ad ulteriore differenziazione tra eccesso dovuto ad errore di valutazione ed eccesso consapevole e volontario, posto che solo il primo rientra nello schema dell'eccesso colposo delineato dall'art. 55 c.p., mentre il secondo consiste in una scelta volontaria, la quale comporta di per sé il superamento degli schemi della scriminante. Nella fattispecie concreta, essendosi individuata una scelta deliberata di condotta reattiva, che ebbe certamente a determinare il superamento cosciente e volontario dei limiti imposti dalla necessità di difesa, va anche quindi di conseguenza negata la ricorrenza di eccesso colposo (Nella specie, l'imputato che ben poteva chiedere aiuto, trovandosi in luogo assai frequentato, e scongiurare in tal modo il rischio che il nipote potesse essere nuovamente aggredito dalla persona offesa, ha scelto invece deliberatamente di intervenire di persona armato di coltello contro la persona offesa e quindi l'ha colpita con otto fendenti, due dei quali l'hanno raggiunta alla schiena e ai glutei, dimostrando come la persona offesa avesse dato le spalle al suo aggressore cercando di fuggire).

Nell'ipotesi di omicidio tentato, la prova del dolo ha natura essenzialmente indiretta, dovendo essere desunta da elementi esterni e, in particolare, da quegli elementi della condotta che, per la loro non equivoca potenzialità semantica, sono i più idonei ad esprimere il fine perseguito dall'agente. Assume valore determinante, per l'accertamento della sussistenza dell'animus necandi, l'idoneità dell'azione, che va apprezzata in concreto, senza essere condizionata dagli effetti realmente raggiunti, perché altrimenti l'azione, per non aver conseguito l'evento, sarebbe sempre inidonea nel delitto tentato. Il giudizio di idoneità consiste, quindi, in una prognosi formulata ex post con riferimento alla situazione che si presentava all'imputato al momento dell'azione, in base

alle condizioni umanamente prevedibili del caso particolare (Nella specie, il numero, la localizzazione e la profondità almeno di uno dei colpi inferti, la potenzialità lesiva dell'arma utilizzata, la circostanza che l'aggressione sia cessata solo a seguito dell'intervento di più soggetti che disarmavano l'imputato sono elementi tutti che svelano come la condotta fosse idonea e diretta in modo non equivoco a determinare la morte della persona offesa, la quale non si è mai trovata in pericolo di vita soltanto perché i fendenti non hanno casualmente attinto organi vitali).

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 4 aprile 2012 - Giudice Petri.

CIRCOSTANZE del reato - concorso di persone nel reato - reato di prostituzione minorile - contributo di minima importanza - apporto consistente nel fornire ospitalità alla persona offesa, nell'individuare la "postazione di lavoro" e nel controllare lo svolgimento dell'attività della stessa - esclusione.

(Artt. 110; 114; 600 bis, comma 1, c.p.)

Non può considerarsi di minima importanza nella preparazione ovvero nell'esecuzione del reato di prostituzione minorile, con conseguente esclusione della relativa circostanza attenuante, l'apporto consistente nell'ospitare, sia pur temporaneamente, la persona offesa dal reato, nell'individuare la "postazione di lavoro" e nel controllare personalmente lo svolgimento del meretricio da parte della stessa.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 25 gennaio 2012 - Giudice Magrini.

DELITTI contro il patrimonio - rapina - aggravante dell'uso di armi - idoneità dell'oggetto usato a trarre in inganno - irrilevanza delle sue reali caratteristiche - sussistenza.

(Art. 628 c.p.)

In merito al reato di rapina, va ritenuta l'aggravante dell'uso dell'arma per la minaccia ogni qualvolta l'oggetto utilizzato per la minaccia sia idoneo a trarre in inganno e quindi ad essere scambiato per un'arma vera, indipendentemente dalle sue reali caratteristiche (Nella specie, l'imputato aveva commesso la minaccia con un finto ordigno esplosivo).

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 3 aprile 2012 - Giudice Baldini.

DELITTI contro il patrimonio - rapina - apprensione di orologio da terra durante una colluttazione - erroneo convincimento circa il proprietario del bene - non sussistenza del fatto.

(Art. 628 c.p.)

Va assolto perché il fatto non sussiste il soggetto che, nel corso di una colluttazione con la persona offesa, raccolga da terra l'orologio della vittima nella convinzione che appartenga ad altro aggressore suo amico.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 12 aprile 2012 - Giudice Giacalone.

DELITTI contro il patrimonio - truffa - elemento soggettivo - idoneità del silenzio ad integrare la condotta richiesta - sussistenza - momento consumativo.

(Art. 640 c.p.)

DELITTI contro il patrimonio - truffa - rapporto con la fattispecie di cui all'art. 316ter c.p..

(Artt. 316 ter e 640 c.p.)

DELITTI contro il patrimonio - truffa - percezione ratei pensione - momento consumativo.

(Art. 640 c.p.)

Nella condotta di chi, cointestataria di conto corrente sul quale veniva versata la pensione della madre, omette di comunicarne all'INPS il decesso, continuando a percepire ratei di pensione non dovuti, è ravvisabile il reato di truffa aggravata.

Prova della maliziosità del silenzio si ricava dal contemporaneo silenzio nei confronti della banca circa il decesso della cointestataria del conto.

Il silenzio è idoneo ad integrare il reato di truffa, infatti l'artificio o il raggio possono consistere anche nel silenzio maliziosamente serbato su alcune circostanze, da parte di chi abbia il dovere di farle conoscere, la fonte del dovere di informazione potendo risiedere anche in una norma extrapenale. Infatti, la qualificazione di una specifica condotta come raggio non dipende dalla natura del comportamento adottato, bensì dalla sua idoneità ad influire causalmente sulla determinazione o sul mantenimento della obiettiva difformità tra la situazione reale e quella conosciuta da colui che viene ad essere indotto in errore e che, in conseguenza della falsa rappresentazione della realtà, in cui viene a trovarsi per effetto della circostanza di fatto di cui gli è taciuta la verifica, compie l'atto di disposizione del proprio patrimonio di cui profitta ingiustamente l'autore.

L'elemento qualificante la diversa fattispecie di cui all'art. 316ter c.p., che sanziona l'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, consiste nell'assenza di una condotta di artificio o raggio idonea ad integrare il reato di cui all'art. 640bis c.p., rispetto al quale il meno grave reato di cui all'art. 316ter c.p. costituisce ipotesi sussidiaria, ovvero il reato di cui all'art. 640 co. 2 n. 1 c.p., correttamente contestato nella fattispecie in esame alla luce del raggio messo in atto dall'imputata.

Il delitto di truffa è unico perché la condotta si è realizzata nel momento in cui l'imputata, in violazione del dovere di informazione, ha taciuto il decesso della madre. In simili ipotesi, infatti, la truffa si atteggiava a reato cd. a consumazione frazionata o prolungata che si perfeziona al conseguimento della prima rata e si consuma al conseguimento dell'ultima quando il reato, già perfetto in tutti i suoi elementi costitutivi, raggiunge la sua massima gravità concreta.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 23 marzo 2012 - Giudice Orsini.

DELITTI contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone - delitto di rapina - aggravante dell'uso dell'arma - accertamento sulla potenzialità lesiva dell'arma utilizzata - irrilevanza - porto di arma giocattolo sprovvista del tappo rosso - configurabilità dell'aggravante.

(Artt. 628, comma 3, n. 1 c.p.)

Con riferimento al delitto di rapina, per la configurabilità dell'aggravante dell'arma, è necessario che il reo sia palesemente armato, ma non che l'arma sia addirittura impugnata per minacciare, essendo sufficiente che la stessa sia portata in modo da poter intimidire, cioè in modo da lasciare ragionevolmente prevedere e temere un suo impiego quale mezzo di violenza o minaccia per costringere il soggetto passivo a subire quanto intimatogli.

La suddetta aggravante prescinde dall'accertamento in ordine alla potenzialità lesiva dell'arma utilizzata in quanto la stessa è configurabile anche nel caso in cui il porto riguardi un'arma giocattolo. Il semplice uso o porto fuori della propria abitazione di un giocattolo riprodotto un'arma, sprovvista di tappo rosso, non è infatti previsto dalla legge come reato, ma l'uso o porto fuori della propria abitazione di un tale giocattolo assume rilevanza penale soltanto qualora mediante esso si realizzi un diverso reato con riferimento al quale l'uso o porto d'arma rappresenti elemento costitutivo o circostanza aggravante.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 25 gennaio 2012 - Giudice Orsini.

DELITTI contro la famiglia - maltrattamenti - elemento soggettivo.

(Art. 572 c.p.)

DELITTI contro la famiglia - maltrattamenti - rapporti con altri reati.

(Art. 572 c.p.)

PROVE - testimonianza - testimonianza della persona offesa - valutazione.

(Art. 192 c.p.p.)

Il momento soggettivo che travalica le singole parti della condotta e che esprime il dolo 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 la propria moglie.

Il reato previsto dall'art. 572 c.p. assorbe soltanto quelli di percosse e di minacce, i quali costituiscono gli elementi essenziali della violenza fisica o morale propria del delitto di maltrattamenti. Ed invero nella materialità del delitto di maltrattamenti rientrano certamente percosse, minacce, ingiurie, privazioni imposte alla vittima e anche atti di scherno, disprezzo, umiliazione e asservimento idonei a cagionare durevoli sofferenze fisiche e morali. Ne consegue che in caso di coincidenza temporale deve ritenersi assorbito il reato di minacce ma non quello di lesioni.

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.

Nel caso di specie, la p.l. è apparsa del tutto credibile e non animata da particolare rancore, inoltre le sue dichiarazioni sono state riscontrate da un referto di pronto soccorso, dall'annotazione dei Carabinieri davanti ai quali l'imputato aveva reiterato minacce nei confronti della moglie e dalla testimonianza della figlia minore di quest'ultima con loro convivente.

CR.BR.

Tribunale di Massa, 17 luglio 2012 - Giudice Garofalo.

DELITTI contro l'amministrazione della giustizia - delitti contro l'attività giudiziaria - intralcio alla giustizia mediante minaccia - assenza del dolo specifico - esclusione - tentativo di violenza privata - configurabilità.

(Art. 377, commi 1 e 3; artt. 56 e 610 c.p.).

Nel caso in cui nella condotta del soggetto agente, pur sussistendo tutti gli altri elementi del reato di cui all'art. 377 c.p., difetti il dolo specifico consistente nella finalità di far commettere il delitto di falsa testimonianza, il reato di intralcio alla giustizia non sarà configurabile, mentre potrà trovare applicazione il delitto di tentata violenza privata, norma generale rispetto a quella di cui all'art. 377 c.p.

(Nel caso di specie, un padre aveva minacciato il figlio minore di privarlo del suo affetto qualora non avesse ritrattato le accuse formulate nei confronti dei nonni che avevano dato origine a un procedimento penale, ma questi aveva posto in essere tale condotta nella convinzione che le affermazioni accusatorie del minore fossero destituite di fondamento e quindi al fine di far emergere quella che, secondo la sua opinione, corrispondeva a verità. In considerazione di ciò, il Giudice di Massa, ritenendo carente l'elemento soggettivo del delitto di intralcio alla giustizia, ha condannato l'imputato per il reato di tentata violenza privata).

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 15 marzo 2012 - Giudice Orsini.

DELITTI contro la persona - pornografia minorile e detenzione di materiale pornografico - casistica.

(Artt. 600 ter e 600 quater c.p.)

Il comportamento di chi, tramite il programma emule, scarica e nel medesimo tempo condivide (ossia permette di prelevare dal proprio terminale) con gli altri utenti della rete internet file di carattere pedopornografico, integra certamente il reato di cui all'art. 600 quater c.p. (il quale punisce chiunque "consapevolmente si procura o detiene materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto"), ma anche il più grave reato di cui all'art. 600 ter, c. 3, c.p., il quale punisce, tra l'altro, chiunque "con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza" il materiale pedopornografico.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 26 gennaio 2012 - Giudice Giacalone.

DELITTI contro la personalità individuale - prostituzione minorile - condotta idonea a influire sul processo volitivo della vittima - sufficienza.

(Art. 600 bis c.p.).

Integra il reato di induzione alla prostituzione minorile qualsiasi condotta idonea a influire sul processo volitivo della vittima, determinandola a compiere atti sessuali, sia con il reo sia con altri, in cambio di denaro o di altra utilità. È pertanto sufficiente, per la configurabilità del reato, la prova della condotta di convincimento della vittima che la determini a prostituirsi, indipendentemente dal fatto che la prestazione sessuale abbia luogo.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 21 febbraio 2012 - Giudice Baldini.

FALSITA' nelle dichiarazioni sostitutive di certificazioni - falsa autocertificazione del reddito nell'istanza di ammissione al gratuito patrocinio - reddito reale - mancato raggiungimento della soglia di reddito prevista per l'ammissione al patrocinio a spese dello stato - configurabilità del reato.

(Artt. 95, comma 1, e 79, comma 1, lett. c DPR 115/2002)

L'omessa indicazione, nell'autocertificazione allegata all'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello stato, dei redditi percepiti, configura il reato di cui all'art. 95, comma 1, D.P.R. 115/2002 ancorché il reddito reale accertato sia comunque al di sotto della soglia prevista per l'ottenimento di tale beneficio.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 29 marzo 2012 - Giudice Fucigna.

GUIDA in stato di ebbrezza - rifiuto di sottoporsi all'accertamento - modifica introdotta con L. 120/2010 - normativa più favorevole.

(Artt. 2 c.p. e 186 comma 7 C.d.S.)

In caso di rifiuto di sottoporsi all'accertamento volto a stabilire il tasso alcoolimetrico in epoca anteriore alla modifica dell'art. 186 C.d.S. introdotta con la Legge n. 120 del 29 luglio 2010, deve applicarsi la disciplina posteriore in quanto norma più favorevole ai sensi dell'art. 2 comma 4 c.p.

Infatti, a seguito della modifica, è stata depenalizzata la prima delle soglie previste per lo stato di ebbrezza, mentre la pena per la seconda soglia è rimasta invariata come la pena pecuniaria della terza soglia, per la quale è stato innalzato solo il minimo edittale, ed è stata introdotta la possibilità di sostituire la pena detentiva e pecuniaria con i lavori di pubblica utilità.

Ai sensi del comma 9bis art. 186 C.d.S., in caso di svolgimento positivo dei lavori di pubblica utilità, verrà dichiarato estinto il reato e verrà disposta la riduzione alla metà della sanzione della sospensione della patente e verrà revocata la eventuale confisca del veicolo in sequestro.

Sebbene attuando un'analisi astratta che faccia riferimento alla previsione delle pene che debbono essere inflitte e che sono previste per il reato, sarebbe applicabile la normativa anteriore che prevedeva un minimo edittale inferiore, il Giudicante ritiene più corretto attuare un'analisi che tenga conto nel concreto della si-

tuazione di maggiore o minore vantaggio che deriva al reo dall'applicazione dell'una o dell'altra disciplina.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 12 marzo 2012 - Giudice Orsini.

PRODUZIONE, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti - detenzione di stupefacenti - attenuante del fatto di lieve entità - valutazione di tutti gli elementi indicati dalla norma - necessità.

(Art. 73, comma 5, D.P.R. n. 309/1990)

Ai fini della valutazione della lieve entità dei fatti, il giudice deve prendere in considerazione tutti gli elementi indicati nel comma 5 dell'art. 73 e cioè i mezzi, le circostanze dell'azione, la quantità e qualità delle sostanze trattate; nel caso in cui anche uno solo di tali elementi porti a escludere che la lesione del bene giuridico protetto sia di lieve entità, il giudice deve negare l'attenuante in questione.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 13 giugno 2012 - Giudice Baldini.

PROVE penali - intercettazioni telefoniche - utilizzabilità di intercettazioni di altro procedimento archiviato - esclusione.

(Art. 266 c.p.p.)

PROVE penali - intercettazioni telefoniche - delitti per cui risultano ammissibili - assenza di esplicita menzione del delitto di cui all'art. 612 bis c.p. - presenza di altri delitti assorbiti nella fattispecie di stalking - ammissibilità.

(Artt. 266 c.p.p. E 612 bis c.p.)

PROVE penali - valutazione della prova - testimonianza della sola persona offesa.

(Art. 192 c.p.p.)

I risultati delle intercettazioni disposte per l'accertamento di un reato, poi definito con l'archiviazione non sono utilizzabili in riferimento ad altro reato per il quale non sussistano le condizioni di legge per l'autorizzazione alle intercettazioni.

Per quanto il reato di atti persecutori non rientri fra quelli formalmente contemplati dall'art. 266 c.p.p. (vuoi con riferimento ai limiti edittali della pena, vuoi per esplicito richiamo del Legislatore), la lettera f) del comma 1 della norma predetta autorizza le operazioni di intercettazione telefonica nei procedimenti relativi ai "reati di ingiuria, minaccia [...] molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono". Essendo tali fattispecie criminose indubbiamente assorbite nella ben più grave ipotesi delittuosa di atti persecutori di cui all'art. 612 bis c.p., appare evidente che, pur in assenza di un esplicito richiamo della norma, sia consentito il ricorso alle operazioni di intercettazione.

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 del-

l'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, 6 febbraio 2012 - Giudice Orsini.

REATI contro il patrimonio - riciclaggio - reato a forma libera.

(Art. 648 bis c.p.)

CIRCOSTANZE del reato - recidiva - recidiva reiterata - obbligatorietà dell'aumento di pena - delitti indicati dall'art. 407 c. 2 lett. a) c.p.p. - altre ipotesi - facoltatività - nuovo delitto espressione di una più marcata pericolosità del reo - gravità del fatto - personalità dell'imputato - analisi del certificato penale.

(Art. 99 c.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 il trasferimento della res, già previsto come condotta rilevante nell'originaria formulazione della norma incriminatrice), purché tali da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa". Pertanto, la condotta del soggetto attivo del reato può incidere tanto sulla mera identità del bene, ovvero sulla sua "riconoscibilità", quanto sulla "tracciabilità" del suo percorso. Per escludere il delitto di riciclaggio non basta, dunque, che il bene resti astrattamente rintracciabile 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. Ne consegue che integra il delitto di riciclaggio il compimento di operazioni volte non solo ad impedire in modo definitivo, ma anche soltanto a rendere difficile l'accertamento della provenienza del bene.

In tema di recidiva reiterata specifica infraquinquennale, l'aumento di pena per questo tipo di recidiva è obbligatorio solo qualora si tratti di uno dei delitti di particolare allarme sociale indicati dall'art. 407 c. 2 lett. a) c.p.p.; fuori da queste ipotesi, il giudice può non applicare l'aumento di pena ad un soggetto recidivo ex art. 99, c. 4, c.p., se ritiene che il nuovo delitto non sia in concreto (valutati cioè i parametri di commisurazione di cui all'art. 133 c.p.) espressione di una più marcata pericolosità del reo, che giustifichi un trattamento sanzionatorio particolarmente severo, quale deriverebbe da un aumento della pena nella misura di due terzi.

(Fattispecie in cui il giudice non ha applicato la contestata recidiva, considerati, da un lato, la non particolare gravità del fatto e la personalità dell'imputato, quale si desume da un'attenta analisi del certificato penale, con particolare riguardo sia alla tipologia di reati commessi i più assai risalenti nel tempo, sia alle pene irrogate, indicative di un limitato disvalore penale dei fatti pregressi.)

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 25 gennaio 2012 - Giudice Magrini.

RECIDIVA - applicazione recidiva e bilanciamento circostanze.

(Artt. 99 e 69 c.p.)

La recidiva di cui all'art. 99 quarto comma c.p., anche a seguito delle modifiche apportate dall'art. 3 l. 5/12/2005 n. 251, deve ritenersi facoltativa, con la conseguenza che, qualora il Giudice non ritenga di applicare il relativo aumento di pena, non opera, nell'ambito del giudizio di bilanciamento tra circostanze, il divieto di far prevalere le attenuanti sulle aggravanti, introdotto nell'art. 69 comma quart, c.p., dalla legge sopra citata. Al fine di applicare o meno la recidiva contestata dal P.M., il Giudice deve preliminarmente verificare se il nuovo episodio criminoso sia concretamente significativo, in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 c.p., sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 23 marzo 2012 - Giudice Orsini.

STUPEFACENTI - attenuante di cui al c. 7 dell'art. 73 D.P.R. 309/90 - configurabilità.

(Art. 73, comma 7, D.P.R. 309/90)

STUPEFACENTI - connivenza non punibile e concorso di persone - differenze.

(Artt. 110 c.p., 73 D.P.R. 309/90)

L'attenuante di cui al c. 7 dell'art. 73 D.P.R. 309/90, può essere riconosciuta solo in presenza di ammissioni o comportamenti che conducano all'interruzione del circuito di distribuzione degli stupefacenti, non essendo sufficiente la mera indicazione di qualche complice.

(Fattispecie in cui l'imputato si era limitato a fornire un numero di telefono cellulare del suo presunto fornitore, indicando l'autovettura da questo usata e la zona dove avvenivano gli appuntamenti finalizzati alla consegna della sostanza, senza che ciò abbia portato concreti sviluppi).

In tema di detenzione di sostanze stupefacenti, la distinzione tra connivenza non punibile e concorso di persone nel reato va individuata nel fatto che, mentre la prima postula che l'agente mantenga un comportamento meramente passivo, nel concorso di persone è richiesto un contributo che può manifestarsi anche in forme che agevolino la detenzione, l'occultamento e il controllo della droga, assicurando all'altro concorrente, anche implicitamente, una collaborazione sulla quale questi può contare.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 9 febbraio 2012 - Giudice Orsini.

STUPEFACENTI - ordine di espulsione contestuale alla condanna - obbligo del giudice - verifica delle condizioni di applicabilità - accertamento in concreto della pericolosità sociale del condannato.

(Artt. 86, c. 1, d.p.r. 309/90)

CIRCOSTANZE del reato - recidiva - diversa natura del reato commesso - contrasto tra normativa italiana e direttiva comunitaria - obbligo del giudice italiano di disapplicazione della normativa in contrasto - ipotesi assimilabile alla revoca della sentenza ex art. 673 c.p.p. - pronuncia della Corte di Giustizia - dichiarazione di legittimità costituzionale - revoca della sentenza perché il fatto non è più pre-

visto dalla legge come reato - esclusione.

(Art. 99 c.p. e art. 673 c.p.p.)

In seguito della sentenza n. 58/1995 con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale del D.P.R. n. 309 del 1990, art. 86, comma 1, nella parte in cui obbliga il giudice ad emettere contestualmente alla condanna, senza l'accertamento in concreto della pericolosità sociale, l'ordine di espulsione, eseguibile a pena espulsa, nei confronti dello straniero condannato per uno dei reati previsti dagli artt. 73, 74, 79 e 82 dello stesso testo legislativo, il giudice, nell'emettere una sentenza di condanna per uno dei reati suindicati, ai fini della verifica delle condizioni di applicabilità della misura di sicurezza dell'ordine di espulsione dello straniero dallo Stato, è tenuto ad accertare in concreto, con adeguata motivazione, la sussistenza della pericolosità sociale del condannato.

In caso di condanna per illecita detenzione di sostanza stupefacente, può escludersi l'applicazione della pur contestata recidiva, nel caso in cui l'imputato abbia riportato sentenza di applicazione pena per la violazione dell'art. 14, D. Lvo 1998 n. 286, attesa la diversa natura del reato commesso e considerato inoltre che la Corte di Giustizia, in data 28 aprile 2011, ha rilevato il contrasto tra la normativa italiana di cui all'art. 14 comma 5 ter del D.L. 286/98 e la direttiva comunitaria del 16 dicembre 2008/115 CE, ed ha evidenziato che il giudice italiano è tenuto a disapplicare la normativa in contrasto. Ci si trova pertanto di fronte ad un'ipotesi assimilabile a quelle che consentono la revoca della sentenza ex art. 673 c.p.p., perché la pronuncia della Corte di Giustizia ha una portata analoga a quella della dichiarazione di illegittimità costituzionale che impone la revoca della sentenza perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 25 gennaio 2012 - Giudice Orsini.

VIOLENZA sessuale - nozione - tentativo.

(Art. 609 bis c.p.)

La nozione di atto sessuale è riconducibile alla fusione delle precedenti nozioni di congiunzione carnale e atti di libidine. Devono pertanto essere inclusi nel concetto di atto sessuale i toccamenti, palpeggiamenti e sfregamenti sulle parti intime delle vittime, o comunque su zone erogene suscettibili di eccitare la concupiscenza sessuale anche in modo non completo e/o di breve durata, essendo irrilevante ai fini della consumazione del reato, che il soggetto attivo consegua la soddisfazione erotica.

Se il contatto corporeo riguardi una zona diversa da quella erogena o comunque diversa da quella ritenuta tale ed effettivamente presa di mira dall'agente, perché quest'ultimo è costretto ad interrompere l'azione criminosa per la reazione della vittima o per altre ragioni, il reo risponderà del solo tentativo, se l'intenzione era comunque libidinosa. Il tentativo di violenza sessuale dunque sussiste non solo quando gli atti idonei diretti in modo non equivoco alla perpetrazione dell'abuso sessuale non si siano estrinsecati in un contatto corporeo, ma anche quando il contatto corporeo, superficiale e fugace, non ha potuto raggiungere una zona erogena.

(Fattispecie in cui l'imputato che spingeva la persona offesa contro un muro afferrandola per i polsi ed avvicinando il proprio corpo ed il viso alla ragazza - è stato assolto non essendo stata raggiunta la prova dell'intento libidinoso poiché l'imputato ha reso una versione plausibile illustrando una diversa motivazione sottesa all'atto. L'imputato è stato condannato per il delitto di lesioni.)

CR.BR.