

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, Michele Marchesiello, Vito Piergiovanni, Adriano Sansa, Stefano Savi

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, Corrado Marvasi, 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.), Paolo Gaggero, Leopoldo Ghigliotti (L.GH.), Francesco Ghisiglieri (F.GHI.), Roberto Negro (RO.NE.) Annamaria Seganti (A.SE.), 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, Enrico Righetti

sezione di diritto amministrativo:

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

sezione di diritto costituzionale regionale:

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

sezione di diritto tributario:

Antonio Lovisolo

sezione di diritto penale:

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

sezioni locali:

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

Hanno collaborato a questo numero

sezione di diritto civile:

Giovanni Adezati, Rossella Atzeni, Francesca Bagnasco (F.BGN.), Francesca Bartolini (F.BART.), Alessio Basso (AL.BSS.), Massimo Benoit Torsegno (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV.), Silvio Bertieri (SB), Marzio Bini (MA.BN.), Elisa Bondi (E.BND.), Antonio Bisognani, Emanuela Boglione, Costanza Bracciforti (C.BC.), Elisa Brigandi (EL.BR.), Cesare Bruzzone (C.BRU.), Alessandra Caldini, Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Chiara Capodiecchi, Iliara Carassale (IL.CRS.), Valentina Carlini (V.C.), Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Stefano Cavanna, Chiara Cellerino (C.CELL.), Lara Cipriani (LA.CIP.), Enrico Clerici (E.CLE.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), Pierpaolo Curri (P.CU.), Francesca Dagnino (F.DA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dassio, Daniela Degiovanni (DA.DE.),

Raffaella Demaria (R.D.), Ettore Ditta, Stefano Dominelli (S.D.), Paolo Donadoni, Carlo Fava, Wanda Finelli (W.F.), Francesca Florino, Cesare Fossati, Elizabeth Frixione (EL.FR.X.), Serafina Funaro (SE.F.), Giovanna Galione (G.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Stefano Garbarino (S.GARB.), Franco Augusto Gastaldo (F.A.G.), Paola Gatti (PA.GAT.), Christian Graziano (C.GRA.), Marco Grimani (MA.GRI.), Oriana Guarina (OR.G.), Luca Guerrini (LU.GRR.), Silvia Guglielminetti, Viviana Isola, Andrea La Mattina (A.LA.M.), Tiziana Landi (TZ.LND.), Elena Lanzi, Anita Liporace (A.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Fiammetta Malagoli (F.MLG.), Andrea Maura (A.MAU.), Federica Marchese (FED.MH.), Dott. Federica Marchese (FE.MAR.), Cristina Marras, Alessandro Massa, Francesco Simone Melandri (F.S.M.), Jenny Meloni (J.MLN.), Eugenio Migliorini (EU.MI.), Federico Montaldo, Alessandro Nicolini (A.NIC.), Raffaele Nicolini (RAF.NIC.), Diego Nucifora (D.NCF.), Anna Maria Occasione, Silvia Olcese (SI.OL.), Caterina Oliva, Nicola Orecchia, Giorgia Orsi, Carlo Pasero (C.PA.), Sara Pasquini (S.PSQ.), Pier Luigi Luciano Pesce, Nicolò Pescetto (N.P.), Stefania Polidoru (STE.POL.), Federica Piano, Stefania Piano, Giovanni Porcile, Andrea Rava (A.RAV.), Federico Repetti (F.RPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Francesca Ricco, Raffaella Romoli (R.RO.), Anna Ruberto, Giovanna Rupnik, Alessandro Saccomani (A.SAC.), 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, Gualtiero Timossi, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Jenny Verduci (J.V.), Maria Cristina Villa (M.C.V.), Giacomo Viotti, Fabio Zanolli (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (F.A.Z.)

sezione mediazione, conciliazione e arbitrato:

Francesca Cuomo Ulloa, Valentina Di Gregorio, Tomaso Galletto, Mario Riccomagno, Stefano Andrea Vignolo

sezione di diritto amministrativo:

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

sezione di diritto costituzionale regionale:

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

sezione di diritto tributario:

Sara Armella, Alessia Baldassarre (A.B.), Andrea Bodrito, Fausto Cappello, Giuseppe Croce (G.C.), Filippo Da Passano (F.P.), Elizabeth Frixione (EL.FR.X.), Andrea Giolo (AN.GI.), Fabio Graziano (F.G.), Marco Grimani (MA.GRI.), Claudia Nouvion (C.N.), 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, Giovanni Battista Gramatica di Bellagio, Simone Gramatica di Bellagio, Stefania Ligas (S.LIG.), Nicoletta Lisi (NIC.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Maria Montemagno (M.MG.), Emanuele Olcese, Paola Pepe (P.PE.), Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Luigi Sannino (L.SN.), Cristina Senes (CR.SEN.), Chantal Torrigino (CH.T.)

Direttore responsabile:

Fabrizio De Ferrari

Sede della Redazione:

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

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

© De Ferrari Comunicazione S.r.l.

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

Indice

NH MARINA

GENOVA | ITALIA



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

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

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

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



NH
HOTELES

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova, 7 febbraio 2011 - Giudice Unico Braccialini - Zanni c. Damiani.

CONTRATTO in genere - preliminare di compravendita immobiliare - diffida ad adempiere - risoluzione di diritto.

CONTRATTO in genere - preliminare di compravendita immobiliare - risoluzione del contratto - diritto di recesso - caparra confirmatoria - effetti risolutivi e risarcitori - inammissibilità.

(Artt. 1454 e segg., 1539 e 1385 c.c.).

La rinuncia all'effetto risolutivo da parte del contraente adempiente che abbia notificato la diffida non può ritenersi in alcun modo ammissibile, trattandosi di effetto sottratto per evidente volontà legis alla libera disponibilità del contraente stesso, e ciò in forza del principio della irretrattabilità dell'effetto caducatorio connesso alla diffida ad adempiere.

L'art. 1454 c.c., infatti, collega alla inutile scadenza del termine contenuto in diffida, un effetto automatico, verificandosi la risoluzione al momento stesso dello spirare del dies ad quem indicato da diffidante.

Clausola risolutiva e termine essenziale, invece, postulano diversi meccanismi operativi, che partecipano sincronicamente del medesimo aspetto genetico della convenzione negoziale, implicando la necessità (clausola risolutiva) o la possibilità (termine essenziale), di una ulteriore manifestazione di volontà da parte del contraente non inadempiente, allo scopo di attribuire rilevanza ad un eventuale diverso interesse, rispetto alla risoluzione, che possa insorgere "nelle more" in capo alla parte adempiente.

La diffida, invece, già contiene una manifestazione dell'interesse a determinare la caducazione del rapporto, esprimendo una valutazione attuale del diffidante sulle sorti del negozio.

Una volta attivato il meccanismo della diffida ad adempiere, e così ottenuta la risoluzione di diritto del contratto preliminare, non si può rinunciare a siffatto effetto risolutivo allo scopo di validamente esercitare, in sede processuale, il diritto di recesso, e così trattenere la caparra.

Piuttosto l'accertamento dell'avvenuta caducazione del rapporto, induce a ritenere che la somma versata a titolo di caparra confirmatoria debba essere retrocessa: la risoluzione del contratto principale (preliminare di vendita) travolge il patto di caparra, negozio accessorio, essendo venuto meno il titolo che giustificava l'attribuzione patrimoniale sussiste il diritto alla restituzione della somma corrisposta, conformemente alla disciplina dell'indebito oggettivo.

FR.SCA.

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

Con atto di citazione notificato il 23.1.2008 il sig. Enrico Damiani conveniva in giudizio presso questo Tribunale la sig.ra Gianna Zanni per sentirla condannare al pagamento di una somma pari al doppio della caparra confirmatoria versata dall'attore all'atto della stipula, in data 18.11.2005, di un contratto di compravendita immobiliare avente ad oggetto l'immobile sito in Arenzano, via Torino 41/2, o in sub-

ordine alla restituzione della suddetta caparra ed al risarcimento del danno da inadempimento contrattuale.

L'attore esponeva che il suddetto contratto preliminare gli conferiva la facoltà di indicare, in sede di stipula del rogito, un altro soggetto giuridico quale acquirente del bene compromesso in vendita. Egli era intenzionato ad avvalersi di tale facoltà nominando la società Azalea s.r.l., volontà, questa, ben nota alla controparte. Cosicché l'odierno attore aveva provveduto ad avviare una procedura volta alla concessione di un leasing immobiliare a favore della designanda società, ma questa operazione finanziaria presupponeva il cambio di destinazione dell'immobile (da "abitativa" a "uso ufficio"). La procedura non si era perfezionata perché il regolamento di condominio (che peraltro, pur a fronte della reiterata richiesta dell'attore, la Zanni non aveva provveduto a rimettere nella disponibilità della controparte) precludeva la possibilità di modificare la destinazione d'uso dell'immobile. Perciò l'esponente si era trovato nell'impossibilità di stipulare il rogito.

Tuttavia in data 6.2.2006 la convenuta notificava una diffida ad adempiere l'obbligo di contrarre. Tale diffida era però da ritenersi inefficace, dovendosi imputare la mancata stipula del definitivo al comportamento della convenuta, a causa del quale esso attore non aveva potuto esercitare la facoltà di nomina contrattualmente riconosciutagli. In ogni caso difettava non solo il requisito della gravità dell'inadempimento, non ravvisabile in un ritardo di soli sei giorni dalla scadenza del termine fissato per il rogito, ma anche quello dell'imputabilità dello stesso, a causa dei problemi di salute (ostruzione dell'asse carotideo interno sinistro) che avevano reso necessario il ricovero ospedaliero, con conseguente impedimento delle normali attività (tra cui anche quelle propedeutiche all'acquisto del bene immobile per cui è causa). Peraltro una volta ricevuta la diffida l'esponente aveva comunicato la propria intenzione di rispettare l'impegno assunto con il preliminare, informando la controparte dell'avvio di una nuova pratica di finanziamento; a fronte di questa manifestazione di disponibilità la convenuta, per tutta risposta, aveva alienato l'immobile a terzi, rendendo così impossibile l'acquisto da parte dell'attore ed incamerando la caparra di 30.000 euro.

Secondo l'attore, in definitiva, della mancata stipulazione del contratto definitivo doveva essere chiamata a rispondere la Zanni, e quindi si concludeva per la condanna di quest'ultima alla corresponsione in suo favore di una somma pari al doppio della caparra o, in subordine, alla restituzione della caparra ed al risarcimento dei danni cagionati dall'inadempimento *sub specie* di violazione degli obblighi di informazione assunti dalla Zanni con il preliminare di vendita.

Gianna Zanni si costituiva in giudizio con comparsa depositata il 18.4.2008. La convenuta replicava all'attore che il regolamento di condominio era stato consegnato a quest'ultimo al momento della stipulazione del preliminare, come palesato del resto dal tenore letterale dell'art. 8 del documento contrattuale; inoltre dall'art. 3, comma 2 del citato regolamento si evinceva la insussistenza del divieto di modificare la destinazione d'uso dell'immobile da abitativa ad ufficio.

La Zanni espose inoltre che, nonostante i numerosi solleciti, il Damiani non si era reso disponibile per la stipulazione del rogito, senza mai fornire alcuna notizia in merito ai suoi presunti problemi di salute. Il contratto preliminare doveva quindi intendersi risolto: innanzitutto per la natura essenziale del termine previsto per la stipulazione del rogito, e comunque in virtù dell'effetto caducatorio conseguito alla inottemperanza alla diffida ad adempiere.

In via riconvenzionale, poi, la convenuta chiedeva l'accertamento del diritto a trattenere la caparra confirmatoria in virtù del legittimo esercizio del recesso ex art. 1385, comma 2 c.c., nient'affatto precluso - contrariamente alle prospettazioni attoree - dalla intervenuta risoluzione di diritto, nonché la condanna dell'attore al risarcimento dell'ulteriore danno derivato dal suo inadempimento, quantificabile nella misura dei costi preprozessuali di assistenza legale da ella sostenuti.

La convenuta infine chiedeva la condanna dell'attore ex art. 96 c.p.c., alla luce della palese infondatezza della pretesa azionata in giudizio.

La causa veniva istruita con le produzioni documentali delle parti e con l'escussione di tre testimoni, due dei quali indicati dall'attore (Maria Damonte, agente immobiliare che aveva svolto l'attività di mediazione, ed Eugenio Cella, architetto incaricato di seguire la pratica di leasing per conto dell'attore) ed uno indicato dalla convenuta (Michela Gastaldi, figlia della signora Zanni), chiamati a chiarire le ragioni della mancata stipula del rogito con particolare riferimento alle circostanze inerenti la consegna del regolamento condominiale ed ai ripetuti solleciti rivolti al signor Damiani dall'agenzia immobiliare per conto della convenuta. Si procedeva inoltre all'interrogatorio formale della convenuta, mentre l'attore non si presentava all'udienza fissata per il suo interpellato.

All'udienza del 28.10.2010 la causa veniva infine trattenuta in decisione sulle conclusioni delle parti come in epigrafe riportate.

Motivi della decisione

È pacifico in causa che in data 18.11.2005 le parti avevano stipulato un contratto preliminare di compravendita avente ad oggetto un immobile sito in Arenzano, via Torino 41, che il Damiani si era obbligato ad acquistare dalla Zanni per un prezzo pari ad euro 295.000,00, di cui 30.000,00 corrisposti contestualmente alla sottoscrizione dell'accordo a titolo di caparra confirmatoria. Il contratto prevedeva la facoltà per il promissario acquirente di indicare un altro soggetto giuridico in propria sostituzione in sede di stipulazione del contratto definitivo, per la sottoscrizione del quale era stata individuata la data del 31.1.2006.

È altresì pacifico che il rogito non è mai stato stipulato e che, successivamente alla mancata ottemperanza da parte del Damiani alla diffida ad adempiere notificatagli in data 6.2.2006 (si veda doc. 4 fasc. attore), la Zanni ha alienato a terzi l'immobile (circostanza allegata dall'attore ed incontestata dalla convenuta).

Si tratta di comprendere quale sia, alla luce dei fatti così ricostruiti, il trattamento giuridico della caparra confirmatoria versata dal Damiani all'atto della conclusione del contratto: l'attore pretende che gli venga corrisposto il doppio dell'importo, o quantomeno che gli venga restituito l'intero importo, mentre la convenuta chiede in via riconvenzionale l'accertamento del valido ed efficace esercizio del diritto di recesso ex art. 1385, comma 2 c.c. e del conseguente il diritto a ritenere la caparra.

Per giungere alla soluzione del problema occorre procedere attraverso passaggi successivi. In prima battuta si tratta di individuare la ragione per cui le parti non sono pervenute alla stipula del contratto definitivo, e quindi di verificare se possa riscontrarsi un inadempimento imputabile del Damiani o della Zanni; in un secondo momento, accertato l'inadempimento, si porrà il problema di verificarne le ripercussioni sul contratto preliminare; in ultimo si renderà necessario individuare quali conseguenze abbia prodotto il venir meno del titolo negoziale, onde finalmente stabilire la spettanza della somma consegnata a titolo di caparra.

Si procede quindi ad esaminare la prima questione: se vi sia stato un inadempimento imputabile di una delle parti.

L'attore sostiene che la mancata stipulazione del rogito sia dipesa dall'inadempimento della Zanni, consistito nel non aver fornito all'attore il regolamento condominiale e nell'aver taciuto la preclusione in esso contenuta in ordine al cambiamento di destinazione d'uso (preclusione che, secondo la tesi difensiva, ha impedito al Damiani di avvalersi della riserva di nomina, e quindi in ultima analisi di ottenere il finanziamento con il quale egli avrebbe corrisposto il saldo del prezzo).

La convenuta obietta che la parte inadempiente deve piuttosto essere individuata nella persona dell'attore, perché il regolamento condominiale è stato messo a disposizione di quest'ultimo già all'atto della stipula del preliminare (si veda la clausola *sub* 8) e comunque detto regolamento non prevedeva limitazioni al cambio di destinazione d'uso, salvo che per profili non rilevanti ai fini perseguiti dal Damiani (ad esempio, era preclusa la destinazione a sede di circolo culturale): quindi la controparte era stata messa nella concreta possibilità di esercitare la facoltà di nomina contrattualmente prevista, ma nonostante i numerosi solleciti non si era attivata per la stipulazione del rogito (che peraltro, in base a quanto pattuito nel preliminare, sarebbe dovuta avvenire su impulso del promissario acquirente, in quanto a quest'ultimo spettava l'individuazione del notaio da incaricare della pratica).

Le argomentazioni della Zanni meritano di essere condivise. Innanzitutto si osserva che la clausola *sub* 8 del contratto preliminare è inserita in un documento sottoscritto dall'attore, e non da lui disconosciuto. La clausola in questione recita testualmente: "*parte promittente - acquirente si obbliga per sé, suoi eredi e/o aventi causa ad osservare il regolamento di condominio di cui dichiara di aver ricevuto copia e di accettarlo in ogni sua parte*". Potrebbe quindi parlarsi, in difetto di disconoscimento, di una vera e propria confessione stragiudiziale dell'attore.

In ogni caso, anche a voler ritenere la clausola sopra riprodotta una mera clausola di stile, si noti che le risultanze dell'istruttoria, dalle quali si evince che il regolamento di condominio è stato effettivamente messo disposizione del Damiani, sono univoche. Da un lato vi è la contraddittoria testimonianza dell'architetto Cella, il quale dapprima ha dichiarato di aver sollecitato l'agenzia immobiliare per la consegna del regolamento, ricevendo assicurazioni in tal senso; poi ha dichiarato che il suo unico contatto era il Damiani, e di non essersi quindi mai rivolto all'agenzia; infine ha dichiarato che l'agenzia gli aveva riferito che il regolamento "non c'era": teste dunque ondivago e poco credibile. Sull'altro fronte vi è l'univoca deposizione della signora Damonte - che non trova smentita in alcun elemento di segno contrario o in intriseche controdeduzioni - che deve essere adeguatamente valorizzata al fine di ritenere raggiunta la prova della seguente circostanza: una copia del re-

golamento è stata consegnata dall'agenzia immobiliare al notaio Sacco, soggetto indicato dallo stesso Damiani in vista - evidentemente - della imminente stipula del rogito (che, si rammenti, doveva avvenire presso un notaio designato dallo stesso attore).

Deve quindi ritenersi accertato che il documento in questione sia pervenuto nella sfera di disponibilità dell'attore. Ora, è importante notare che, come risulta dall'art. 3, comma 2 del regolamento (prodotto in giudizio dalla convenuta), esso non prevedeva limitazioni di sorta alla realizzazione dell'intendimento del Damiani, ossia modificare la destinazione d'uso onde ottenere un finanziamento idoneo a costituire la provvista economica per l'acquisto dell'immobile: nessuna valida giustificazione, quindi, può essere addotta dall'attore per il mancato rispetto degli impegni assunti con il compromesso. (... *Omissis*...)

Deve in definitiva ritenersi accertato che la mancata stipula del rogito sia dipesa da un inadempimento imputabile al solo Damiani.

Questo accertamento conduce ad un primo risultato: deve essere respinta la domanda proposta in via principale dall'attore, che pretende che la Zanni venga condannata a corrispondergli una somma pari al doppio della caparra. Non risulta infatti integrato, per quanto si è detto in precedenza, il presupposto di operatività dell'art. 1385, comma 2 c.c., cioè l'inadempimento della parte che ha ricevuto la caparra: l'inadempimento si colloca piuttosto nella sfera di responsabilità dell'attore.

Si noti che l'attore chiede altresì, sia pure in via soltanto subordinata, la condanna della convenuta al risarcimento del danno cagionato dalla violazione dell'obbligo di informazione assunto da quest'ultima con il preliminare, violazione consistita nella mancata consegna del più volte citato regolamento condominiale: anche tale azione risarcitoria è palesemente infondata, poiché per le ragioni già illustrate deve ritenersi dimostrato che Damiani abbia effettivamente ricevuto il regolamento di condominio, o comunque che tale documento sia pervenuto nella sfera di disponibilità dell'attore mediante consegna ad un suo fiduciario (notaio Sacco) da parte dell'agenzia immobiliare.

Così accertato l'inadempimento imputabile dell'attore, occorre a questo punto individuarne le ripercussioni sul contratto preliminare.

Secondo l'attore il contratto non potrebbe ritenersi risolto di diritto, non operando l'istituto del termine essenziale né quello della diffida ad adempiere.

Quanto al primo profilo, il Damiani sostiene che il tenore letterale dell'art. 5, lett. b) del contratto, che espressamente qualifica come "essenziale" il termine del 31.1.2006, non può affatto considerarsi decisivo, in quanto superato dalla constatazione che il ritardo nell'adempimento non ha irrimediabilmente pregiudicato il conseguimento dell'utilità perseguita dalle parti con la conclusione del contratto.

Quanto al secondo profilo, il Damiani sostiene che l'effetto risolutorio discendente dall'art. 1454 c.c. per il tramite della diffida presuppone pur sempre l'imputabilità e la gravità dell'inadempimento: il primo requisito non ricorre per le ragioni già illustrate (comportamento ostruzionistico della Zanni, problemi di salute nell'imminenza della scadenza del termine), e nemmeno è riscontrabile il presupposto di cui all'art. 1455 c.c., in virtù della entità irrisoria del ritardo (sei giorni, arco temporale intercorso tra la scadenza del termine e la notifica della diffida).

Aggiunge l'attore che il successivo adempimento è stato reso

impossibile, pur a fronte della sua disponibilità (manifestata con lettera raccomandata) ad addivenire ad una tardiva stipulazione del rogito, dalla sopravvenuta alienazione a terzi dell'immobile da parte della Zanni.

La convenuta contesta le considerazioni in fatto e in diritto dell'attore sostenendo quanto segue.

Il contratto si è risolto perché il termine era stato espressamente qualificato come essenziale nel documento contrattuale; anche ammesso che non operi l'art. 1457 c.c., la risoluzione è comunque conseguita alla mancata ottemperanza della diffida ad adempiere, perché l'imputabilità dell'inadempimento è insita nel comportamento tenuto dalla controparte nell'imminenza della scadenza del termine (il Damiani si è sostanzialmente reso irreperibile), mentre il requisito della gravità non è richiesto dall'art. 1454 c.c., ed è pertanto superflua ogni considerazione circa l'entità del ritardo.

A parere di questo giudice il contratto preliminare deve ritenersi risolto in virtù della mancata ottemperanza da parte del Damiani alla diffida notificatagli dalla promittente venditrice in data 6.1.2006.

Preliminarmente si deve constatare che il termine del 31.1.2006, ad onta di quanto espressamente previsto dalle parti in sede di stipula del preliminare, non poteva qualificarsi essenziale: come esattamente osserva la difesa dell'attore, infatti, la giurisprudenza collega la risoluzione automatica del rapporto esclusivamente al ritardo che abbia comportato la definitiva compromissione dell'utilità perseguita dalle parti con la stipulazione del contratto, a prescindere dalle espressioni utilizzate per qualificare il termine, che ben possono risolversi in mere clausole di stile. È vero che la Cassazione, in un risalente arresto (sent. 18.6.1980, n. 3874), ha affermato che qualora l'essenzialità del termine risulti espressamente prevista "rimane irrilevante ogni accertamento sull'oggettivo interesse del creditore all'osservanza di quel termine"; tuttavia tale orientamento è ormai superato da un'altra e più condivisibile ricostruzione interpretativa, secondo la quale, sebbene per la qualifica in termini di essenzialità non siano necessarie formule sacramentali, l'operatività dell'art. 1457 c.c. presuppone che "risulti inequivocabilmente la volontà delle parti di ritenere perduta l'utilità economica del contratto con l'inutile decorso del termine medesimo", indagine questa da condursi "alla stregua delle espressioni usate dai contraenti e soprattutto alla stregua della natura e dell'oggetto del contratto" (Cass., sent. 14.7.1989, n. 3293). Sulla base di questi principi la Suprema Corte ha ritenuto, in una fattispecie sostanzialmente analoga a quella per cui è causa (preliminare di vendita con fissazione di un termine per la stipulazione del rogito), che l'essenzialità non può desumersi dall'espressione "entro e non oltre" "quando non risulti dall'oggetto del negozio o da specifiche indicazioni delle parti che queste hanno inteso considerare perduta l'utilità prefissasi nel caso di conclusione del negozio stesso (ossia del contratto definitivo, ndr) oltre la data considerata" (Cass., sent. 17.3.2005, n. 5797).

Pare a questo giudice che l'ultima pronuncia citata si attagli perfettamente al caso di specie: l'essenzialità del termine non può essere desunta né dall'oggetto del contratto preliminare intercorso tra il Damiani e la Zanni né da specifiche indicazioni delle parti; anzi, atteso che la ricostruzione della comune intenzione dei contraenti deve avvenire anche alla luce del comportamento dalle stesse tenuto successivamente alla stipulazione del contratto (art. 1362 cpv. c.c.), deve essere valorizzata la circostanza per cui la promittente venditrice, in

data 6.1.2006, ha intimato alla controparte di adempiere entro sedici giorni, con ciò mostrando chiaramente di non ritenere compromesso il conseguimento dell'utilità perseguita.

Esclusa quindi la risoluzione di diritto ex art. 1457 c.c., non si ravvisano invece ostacoli in ordine all'operatività dell'art. 1454 c.c. con riferimento alla intimazione del 6.1.2006, attesa la imputabilità e la gravità dell'inadempimento del Damiani.

(... Omissis...)

Quanto invece al requisito della gravità dell'inadempimento, premesso che non è condivisibile la ricostruzione della convenuta secondo la quale tale requisito non sarebbe necessario per la risoluzione ex art. 1454 c.c. (vedasi in tal senso, tra le tante, Cass. 13.3.2006, n. 5407, nonché Cass. 8.8.1978, n. 3851), non può accedersi alla prospettazione dell'attore circa la scarsa importanza dell'accertato inadempimento: nella quantificazione del ritardo, infatti, non è corretto considerare soltanto l'arco temporale intercorso tra la scadenza del termine e la diffida, ma occorre aggiungere ai sei giorni in questione l'infruttuoso decorso del termine ad adempiere concesso con la diffida (pari a sedici giorni). In totale quindi la mora ammonta ad oltre venti giorni, lasso di tempo sicuramente sufficiente (anche alla luce del pregresso comportamento dell'attore, a dir poco sfuggente) ad oltrepassare la soglia della gravità.

Si consideri oltretutto che il Damiani dopo la diffida, e precisamente nella lettera di risposta inviata alla controparte (spedizione che peraltro non è documentata dal timbro dell'ufficio postale), ha sì manifestato la propria disponibilità a concludere il definitivo, ma non ha offerto una concreta prova delle sue *buone intenzioni*: l'unica garanzia fornita alla controparte risiedeva in generiche affermazioni circa l'avvio di una nuova pratica di finanziamento, affermazioni peraltro non suffragate, per quel che è dato sapere, da successivi riscontri che necessariamente avrebbero dovuto essere portati a conoscenza della promittente venditrice a riprova della serietà dell'intendimento. Ne consegue ulteriormente che il Damiani non può certo sostenere che il suo preannunciato adempimento tardivo sia stato impedito dall'alienazione dell'immobile a terzi da parte della Zanni: tale alienazione, infatti, si è perfezionata solo dopo che la gravità dell'inadempimento di Damiani si era già palesata, e quindi quando ormai il contratto si era già risolto per colpa dell'attore.

Accertato l'inadempimento del Damiani, ed accertata altresì la risoluzione di diritto del contratto ai sensi dell'art. 1454 c.c., si tratta ora di affrontare il terzo preannunciato passaggio logico, quello concernente le conseguenze della risoluzione sul piano della spettanza della somma versata dall'attore a titolo di caparra confirmatoria.

(... Omissis...)

A parere di questo giudice la tesi della convenuta non può essere accolta alla luce del più recente e condivisibile orientamento della Cassazione: le Sezioni Unite, ponendosi in consapevole contrasto con il precedente consolidato orientamento giurisprudenziale (si vedano ad esempio Cass., sent. n. 23315 dell'8 novembre 2007, n. 11967 del 28 giugno 2004 e n. 7182 del 4 agosto 1997), hanno recentemente affermato (sentenza n. 553 del 14 gennaio 2009) che la rinuncia all'effetto risolutorio da parte del contraente non inadempiente che abbia notificato la diffida non può ritenersi in alcun modo ammissibile.

A sostegno dell'affermazione del principio della irretratta-

bilità dell'effetto caducatorio connesso alla diffida ad adempiere, le Sezioni Unite hanno addotto una serie di argomenti che sembra opportuno riportare in questa sede:

- il tenore letterale della disposizione di cui all'art. 1454 c.c. collega alla inutile scadenza del termine contenuto in diffida un effetto automatico, verificandosi la risoluzione al momento stesso dello spirare del *dies ad quem* indicato dal diffidante. Clausola risolutiva espressa e termine essenziale invece postulano diversi meccanismi operativi, che secondo le Sezioni Unite "*partecipano, sincronicamente, del medesimo aspetto genetico della convenzione negoziale*", implicando "*la necessità (clausola risolutiva) o la possibilità (termine essenziale) di una ulteriore manifestazione di volontà da parte del non inadempiente*" allo scopo di attribuire rilevanza ad un eventuale diverso interesse, rispetto alla risoluzione, che possa insorgere "nelle more" in capo alla parte adempiente. La diffida, invece, già contiene una manifestazione dell'interesse a determinare la caducazione del rapporto, esprimendo una valutazione attuale del diffidante sulle sorti del negozio;

- mentre la essenzialità del termine contenuto nella diffida deve essere letta (almeno secondo una tesi) in funzione dell'esclusivo interesse dell'intimante a non tollerare un ulteriore ritardo nel conseguimento della prestazione dovuta, non altrettanto è a dirsi quanto all'effetto risolutorio, perché l'automatismo previsto dall'art. 1454 c.c. riposa sull'apprezzabile esigenza di operare un bilanciamento tra interessi contrapposti, in tal modo offrendosi tutela anche al debitore che, allo spirare del termine, abbia riposto un legittimo affidamento nella avvenuta cessazione degli effetti del negozio, e quindi nella definitiva liberazione dal vincolo contrattuale;

- l'art. 1454 c.c., a differenza di quanto previsto dalla legge con riferimento a diversi istituti (si consideri ad esempio la remissione del debito), non prevede alcuna limitazione temporale in ordine alla ipotetica ritrattabilità dell'effetto risolutorio, che pertanto in chiaro contrasto con il principio ricavabile dalla disciplina del termine essenziale, che impone al creditore una scelta entro soli tre giorni si risolverebbe in una soggezione *sine die* del debitore all'incondizionato arbitrio della parte adempiente, suscettibile di frustrare il legittimo affidamento dello stesso debitore nell'ormai definitivo scioglimento del vincolo e, in ultima analisi, l'interesse della parte inadempiente al riassetto della propria complessiva situazione patrimoniale;

- un altro importante argomento può essere tratto da uno dei principi generali che governano la materia della risoluzione del contratto, sia essa giudiziale oppure legale. L'art. 1453 c.c., nella parte in cui prevede che la proposizione della domanda di risoluzione preclude la successiva richiesta di adempimento, esprime per l'appunto una norma di portata generale, perché la sua *ratio* (offrire "moderata" tutela alla parte inadempiente, consentendole di porsi legittimamente nella condizione di non poter più adempiere) ricorre tanto nel caso in cui lo scioglimento del contratto debba passare attraverso il vaglio del giudice, quanto nell'ipotesi in cui l'effetto risolutorio avvenga automaticamente al di fuori e prima del processo. La manifestazione dell'assenza di interesse del creditore all'adempimento deve ritenersi insita sia nella domanda giudiziale che nella diffida ad adempiere, e pertanto non vi è ragione di differenziare le due ipotesi dal punto di vista del trattamento del contrapposto interesse della parte inadempiente (che viene qualificato dalle Sezioni Unite come "*una sorta di diritto a non adempiere*"). Anzi, a ben vedere è lecito argomentare *a fortiori*, perché nel primo caso "*la defini-*

zione dell'effetto risolutorio è ancora in itinere, destinata com'è a formare oggetto di accertamento processuale in contraddittorio";

- la disponibilità dell'effetto risolutivo non può essere argomentata sulla base della natura giuridica dell'atto di diffida, strutturato dalla legge come negozio unilaterale recettizio. Dal sistema codicistico infatti - secondo le Sezioni Unite - si ricava che il principio della tutela dell'affidamento non investe solo il campo contrattuale, ma opera anche nell'ambito proprio del negozio unilaterale, almeno ogniqualvolta esso coinvolga in qualche misura l'interesse del destinatario (la Cassazione cita a sostegno di questa argomentazione l'art. 1723 c.c. in tema di irrevocabilità del mandato (anche) *in rem propriam*).

- l'estensore della sentenza n. 533/2009 conclude osservando che "in definitiva, la concezione dell'effetto risolutivo disponibile in capo al creditore pare figlia di una ideologia fortemente punitiva per l'inadempiente, si atteggia a mo' di sanzione punitiva senza tempo, assume forme di (ingiustificata) ipertutela del contraente adempiente, del quale si legittima ogni mutevole e repentino cambiamento di umore negoziale".

Sulla base delle argomentazioni di cui si è dato conto la Suprema Corte perviene all'affermazione del seguente principio di diritto: "La rinuncia all'effetto risolutorio da parte del contraente non adempiente non può ritenersi in alcun modo ammissibile, trattandosi di effetto sottratto, per evidente voluntas legis, alla libera disponibilità del contraente stesso".

La sentenza n. 533/2009 offre la regola per la soluzione del caso concreto sottoposto all'esame di questo giudice non solo per l'autorevolezza del precedente, ma soprattutto per la piena condivisibilità delle ragioni portate a sostegno della soluzione adottata dalla Suprema Corte, quali in precedenza esposte.

In base alle argomentazioni che precedono deve convenirsi con l'attore sul fatto che la Zanni, una volta attivato il meccanismo della diffida ad adempiere, e così ottenuta la risoluzione di diritto del contratto preliminare, non può rinunciare a siffatto effetto risolutorio allo scopo di validamente esercitare in questa sede processuale il diritto di recesso e così trattene la caparra. Piuttosto, l'accertamento della avvenuta caducazione del rapporto induce a ritenere che la somma versata dal Damiani a titolo di caparra confirmatoria debba essere retrocessa: la risoluzione del contratto principale (il preliminare di vendita) travolge il patto di caparra, negozio accessorio; essendo venuto meno il titolo che giustificava l'attribuzione patrimoniale, va accertato il diritto dell'attore alla restituzione della somma corrisposta alla Zanni, conformemente alla disciplina dell'indebito oggettivo e più precisamente allo schema della *condictio sine causa*.

Si noti che l'attore non fonda esplicitamente la propria pretesa restitutoria sull'art. 2033 c.c., ma l'accoglimento della domanda non può ritenersi in contrasto con il principio di cui all'art. 112 c.p.c. perché l'attore ha sostanzialmente invocato la disciplina dell'indebito oggettivo laddove, negli scritti difensivi, ha correttamente fatto leva sull'assenza di un valido titolo che giustificasse il definitivo incameramento da parte della Zanni della somma ricevuta a titolo di caparra confirmatoria.

Va pertanto accolta la domanda subordinata dell'attore, e per contro deve essere respinta *in parte qua* la domanda riconvenzionale della convenuta per la sua appendice restitutoria: Gianna Zanni deve quindi essere condannata a restituire all'attore la somma di 30.000,00 euro.

Trattasi di debito di valuta (in tal senso si vedano, peraltro proprio con riferimento all'ipotesi di condanna alla restituzione della caparra confirmatoria, Cass., 16 febbraio 2000,

n. 1714 e Cass. 11 novembre 1992 n. 12124) e quindi sulla somma dovuta vanno calcolati gli interessi moratori al tasso legale a far data dalla domanda giudiziale (non risultando in atti una precedente intimazione dell'attore suscettibile di integrare la costituzione in mora). Non spetta invece la rivalutazione monetaria, non essendo stata fornita la prova di un maggior danno *ex art.* 1224, comma 2 c.c.

Si precisa però che dalla citata pronuncia n. 533/2009 delle Sezioni Unite consegue il rigetto della domanda riconvenzionale della convenuta nei soli limiti in cui quest'ultima pretende l'accertamento del diritto all'incameramento della caparra confirmatoria; non si dimentichi tuttavia che la Zanni ha proposto in via cumulativa un'azione risarcitoria per ottenere il ristoro dei pregiudizi subiti a causa dell'inadempimento del Damiani.

Tale domanda non avrebbe potuto essere presa in considerazione in caso di ritenuta fondatezza della pretesa fondata sull'art. 1385, comma 2 c.c.: la caparra confirmatoria, come correttamente osservato dall'attore, svolge una funzione di liquidazione preventiva e forfettaria del danno e quindi, in difetto di opzione della convenuta per l'ordinaria azione di risoluzione con contestuale richiesta di risarcimento del danno, l'attivazione del meccanismo di ritenzione della somma ricevuta avrebbe senz'altro precluso qualsivoglia indagine circa eventuali profili di danno ulteriore.

Siffatta indagine è viceversa resa possibile proprio dall'accertata infondatezza della domanda di accertamento spiegata dalla convenuta.

Spetta alla Zanni, dunque, il risarcimento dei pregiudizi subiti a causa dell'inadempimento dell'attore.

Per quanto riguarda l'*an* è sufficiente il richiamo a quanto si è già detto in ordine alla sussistenza di un inadempimento imputabile al Damiani; circa il *quantum*, invece, si osserva che occorre limitare la liquidazione alla sola posta di danno di cui la convenuta ha fornito la prova: ci si riferisce all'esborso sostenuto da quest'ultima per l'assistenza legale processuale, documentato dalla parcella emessa dall'avvocato di fiducia della Zanni per la redazione della diffida ad adempiere (prodotta *sub* 3 fasc. convenuta).

Conclusivamente, in parziale accoglimento della domanda riconvenzionale Enrico Damiani deve essere condannato a risarcire alla convenuta la somma di euro 1.000,00 a titolo di responsabilità contrattuale.

(... *Omissis*...)

P.Q.M.

definitivamente pronunciando:

Accertato che Enrico Damiani si è reso inadempiente rispetto alle obbligazioni discendenti a suo carico dal contratto preliminare stipulato con Gianna Zanni in data 18.11.2005, ed accertato che tale contratto si è risolto *ex art.* 1454 c.c. in virtù della mancata ottemperanza da parte dell'attore alla diffida ad adempiere notificatagli dalla convenuta in data 6.1.2006,

Respinge la domanda principale di Enrico Damiani per mancanza del presupposto dell'inadempimento della parte che ha ricevuto la caparra;

Respinge la domanda subordinata dell'attore nella parte in cui quest'ultimo chiede la condanna della convenuta al risarcimento dei danni cagionatigli dalla violazione degli obblighi di informazione assunti dalla Zanni con il contatto preliminare, perché tale violazione non si è verificata;

Accoglie la domanda subordinata dell'attore nella parte in cui quest'ultimo chiede, sul presupposto dell'intervenuta ri-

soluzione del contratto preliminare, la restituzione della somma versata a Gianna Zanni a titolo di caparra confirmatoria, e di conseguenza dichiara la convenuta obbligata ex art. 2033 c.c., e per l'effetto la condanna, a restituire all'attore la somma di euro 30.000,00, oltre ad accessori come specificati in motivazione.

Respinge, in virtù dell'irretrattabilità dell'effetto risolutorio conseguito alla diffida ad adempiere, la domanda riconvenzionale formulata dalla convenuta nella parte in cui quest'ultima chiede l'accertamento giudiziale del diritto a trattenere la somma ricevuta a titolo di caparra confirmatoria;

Accoglie la domanda riconvenzionale formulata dalla convenuta nella parte in cui quest'ultima chiede la condanna dell'attore al risarcimento del danno da inadempimento contrattuale e di conseguenza dichiara il Damiani tenuto, e per l'effetto lo condanna, a corrispondere alla Zanni la somma di euro 1.000,00, oltre ad accessori come specificati in motivazione;

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 14 febbraio 2011 - Giudice Unico Isola - La Marca (Avv. Fusco) c. Geraci (Avv. Figheti).

CONTRATTO in genere - perizia contrattuale - arbitrato libero - impugnazione della perizia.

Si ha perizia contrattuale quando le parti deferiscono ad uno o più soggetti, scelti per la loro competenza tecnica, il compito di formulare un apprezzamento tecnico, che esse parti si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro volontà contrattuale. Si ha invece arbitrato libero (o irrituale) quando il compito affidato è quello di elaborare una soluzione transattiva di una questione sulla quale esiste controversia fra le parti.

Nel caso di perizia contrattuale la decisione dei periti è impugnabile solo attraverso le tipiche azioni di annullamento e/o risoluzione per adempimento previste per i contratti (cfr. Cass., 14015/2002).

(... Omissis...) Motivi di fatto e di diritto

La decisione della presente controversia presuppone un breve richiamo all'antefatto.

Come narrato dalle parti, nell'anno 2005, fra l'attuale attore (committente) e due soggetti, gli attuali convenuti, fu stipulato un contratto di appalto avente ad oggetto lavori edilizi da effettuarsi su di un immobile sito in Savignone (Ge) di proprietà del sig. La Marca. Le opere ebbero inizio e il committente provvide ad effettuare dei pagamenti ma, ad un certo punto, nacque un contrasto in quanto gli odierni convenuti assumevano di vantare il diritto ad un residuo, mentre l'odierno attore riteneva di avere versato più del dovuto anche in considerazione del fatto che determinate lavorazioni sarebbero risultate affette da vizi.

Si decise allora, onde definire le questioni insorte, di rivolgersi ad un tecnico, un geometra, individuato congiuntamente che avrebbe dovuto valutare il valore delle opere eseguite da Geraci e Gambino. In particolare le parti stipularono una convenzione, definita "arbitrale ex art.808 ter e segg. c.p.c.", in cui veniva conferito il suddetto incarico al designato arbitro geom. Jonny Antichi e in cui nelle premesse si dava atto che la somma sino ad allora corrisposta dal La Marca ai Sig.ri Geraci e Gambino ammontava ad Euro 35.000,00. Il perito, svolto il compito affidatogli, compilò una relazione in base alla quale gli odierni convenuti risultavano creditori di una determinata somma. Il La Marca, benchè nella convenzione si fosse

impegnato a corrispondere la somma a saldo, eventualmente dovuta, e stabilita dall'arbitro, entro sette giorni, non lo fece e, invece, promosse la presente causa al fine di vedere annullata o dichiarata nulla la decisione del perito nonché la convenzione stessa, per le motivazioni che nel seguito si passeranno in rassegna, oltre a veder dichiarato illegittimamente apposto il decreto di esecutività.

Le parti convenute chiedevano il rigetto di tali domande eccependo, preliminarmente, che l'impugnazione del lodo era stata effettuata oltre i termini di cui all'art.828 c.p.c. e, quindi, tardivamente. Inoltre, in via riconvenzionale, chiedevano che l'attore venisse condannato al pagamento di quella somma che l'arbitro aveva individuato come ancora dovuta da parte del committente agli esecutori delle opere. In primo luogo ci si deve chiedere se, nonostante la denominazione attribuita dalle parti all'accordo stipulato e, cioè, "convenzione arbitrale", le stesse abbiano realmente voluto un "arbitrato irrituale".

Tenuto conto del principio, pacifico, secondo il quale il "nomen iuris" attribuito dalle parti al contratto non vincola il Giudice (ex plurimis Cass. n. 13399/05, n. 5584/03) il quale deve solo indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole (art. 1362 c.c.), si ritiene potersi affermare che le parti hanno inteso giungere ad una perizia contrattuale. Ricorre l'ipotesi della perizia contrattuale, infatti, quando le parti di un rapporto giuridico conferiscono ad una o più persone, scelte per la loro particolare competenza tecnica, l'incarico di compiere un accertamento tecnico che, preventivamente, si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro volontà (Cass. n. 10705/07; n. 10023/05; n. 9996/04; n. 6087/02; n. 4954/99). La perizia contrattuale, anche se si presenta come istituto "affine all'arbitrato irrituale" (Cass. n. 7516/03) è diverso da quest'ultimo in quanto si ha arbitrato irrituale quando le parti conferiscono all'arbitro il compito di definire le contestazioni insorte fra loro "mediante una composizione amichevole" o l'elaborazione di una soluzione transattiva (Cass. n. 999/06, n. 3609/99), mentre con la perizia contrattuale l'incarico, come sopra detto, riguarda non la risoluzione di una controversia giuridica, ma la formulazione di un apprezzamento tecnico. Inoltre la giurisprudenza ha puntualizzato che, in concreto, la distinzione tra i due istituti vada ricercata con riferimento al contenuto obiettivo del compromesso ed alla volontà delle parti (Cass. n. 4954/99). Nel caso che ci occupa queste ultime hanno incaricato il Geom. Antichi di "valutare i lavori di ristrutturazione effettivamente realizzati nell'immobile in oggetto e, per l'effetto, determinare il valore della prestazione d'opera posta in essere dalla Edilgeraci e la sua esecuzione o meno a regola d'arte". Con la convenzione stipulata il La Marca si impegnava "a corrispondere, se ed in quanto dovuta, ai sig.ri Pietro Geraci e Maurizio Gambino la somma a saldo stabilita dall'arbitro; il sig. Pietro Geraci e il sig. Maurizio Gambino "a restituire al sig. Rocco La Marca, se ed in quanto dovuta, la maggior somma dallo stesso corrisposta per i lavori effettivamente eseguiti".

È, quindi, evidente, a parere della scrivente, che le stesse abbiano inteso dar luogo ad una, nonostante la denominazione attribuita, perizia contrattuale ed è pacifico che nella perizia contrattuale la decisione dell'arbitro è impugnabile (analogamente a quanto previsto per l'arbitrato irrituale) soltanto attraverso le tipiche azioni di annullamento e di risoluzione per inadempimento dei contratti" (Cass. n. 5678/05; n. 14015/02). Da ciò consegue, in primo luogo, l'infondatezza dell'eccezione di tardività dell'impugnazione sollevata dai convenuti

che risulterebbe comunque non meritevole di accoglimento anche volendo qualificare la relazione del Geom. Antichi come un vero e proprio lodo contrattuale non applicandosi, comunque, le disposizioni previste espressamente per l'arbitrato rituale. Inoltre è corretto ciò che ha rilevato la parte attrice ovvero il fatto che, in relazione all'impugnazione per nullità del lodo arbitrale, opera la sospensione dei termini processuali nel periodo feriale, cosicché l'azione proposta dal La Marca sarebbe, in ogni caso, tempestiva.

Nel qualificare come perizia contrattuale l'oggetto della odierna impugnazione si può, quindi, affermare che non sia conferente il richiamo all'art.808 ter c.p.c., per quanto, negli effetti, l'accertamento richiesto al Giudice non risulti di molto differente in entrambe le ipotesi. Ciò in quanto da una parte è pacifico, per la giurisprudenza di legittimità, che il lodo per arbitrato irrituale sia impugnabile per i vizi che possono vulnerare ogni manifestazione di volontà negoziale come l'errore, la violenza, il dolo o l'incapacità delle parti che hanno conferito l'incarico o dell'arbitro stesso" (Cass. n. 25268/09, n. 11678/01, n. 4841/02), dall'altra anche nella perizia contrattuale possono assumere rilievo eventuali errori "in procedendo" o "in iudicando", comprensivi della violazione dei principi della collegialità e del contraddittorio, ma solo se siano sfociati in cause di invalidità (incapacità o vizi del consenso) o di risoluzione della perizia stessa (Cass. n. 10705/07). È dunque evidente che della perizia contrattuale può chiedersi l'annullamento solo nei casi in cui o le parti sono incorse in un vizio del consenso nella stipula del negozio con il quale hanno conferito l'incarico al perito o per l'incapacità delle stesse parti oppure se l'arbitro era incapace o la sua decisione è stato frutto di un vizio del volere.

Nel caso presente l'attore sostiene che, al momento di stipulare il contratto di appalto, egli riteneva di trattare con due soci di un'unica impresa, Geraci e Gambino, realizzando solo successivamente che i sopra citati soggetti agivano non insieme, ma *uti singuli*. Il La Marca assumeva, quindi, che tale circostanza avrebbe concretizzato un errore di persona rilevante ex art. 1429 n.3 c.c. In particolare, nelle difese conclusive, l'attore ha riferito che i sigg.ri Geraci e Gambino avrebbero dolosamente ingenerato in lui un incolpevole affidamento sull'identità e, soprattutto, sulle qualità dell'altro contraente; affidamento che lo avrebbe determinato a stipulare il contratto di appalto cui è seguita la convenzione oggetto della presente impugnazione.

Innanzitutto si rileva che il presunto errore avrebbe, comunque, viziato la conclusione del contratto di appalto e, quindi, non potrebbe farsi valere in sede di impugnazione della perizia in quanto l'errore, per rendere annullabile la perizia, deve riguardare o l'atto elaborato dal consulente oppure l'atto con cui si è deliberato l'effettuazione di essa perizia: l'attore ha detto di avere ritenuto erroneamente di avere contrattato con un'impresa (unica) che non esisteva e non con due soggetti separati, ma tale presunto errore riguarderebbe solo il contratto di appalto perché nella convenzione per la perizia i sigg.ri Geraci e Gambino hanno agito separatamente, né l'attore ha dimostrato che al momento della stipula dell'appalto non esisteva una impresa congiunta, magari una società di fatto, fra i due soggetti.

In ogni caso si deve anche rilevare che chi chiede l'annullamento deve dedurre e provare i fatti dai quali risulta l'errore, nonché l'essenzialità di esso e la sua riconoscibilità dalla controparte (Cass. n. 5429/2006) e, in caso di errore sulle qualità delle persone contraenti, si può parlare di errore essenziale solo se tale qualità è stata determinante nel con-

senso (art. 1429 n. 3 c.c.). Anche questa influenza determinante deve essere provata o almeno giustificata.

Come visto nella conclusionale l'attore ha operato un richiamo al presunto "dolo" usato dai convenuti: anche a prescindere dalla novità del rilievo, il La Marca avrebbe dovuto indicare e, poi, provare quali sono stati i raggiri da essi posti in opera (al momento della conclusione dell'appalto) e, inoltre, che tali raggiri "sono stati tali che senza di essi l'attore non avrebbe contrattato" (art. 1439 c.c.) in quanto il dolo "causam dans, al pari dell'errore, è causa dell'annullamento del contratto solo nel caso in cui la falsa rappresentazione della realtà da esso generata sia stata essenziale ai fini della conclusione dell'atto" (Cass. n. 6166/06; n. 14628/09).

Tale primo motivo di impugnazione risulta, quindi, infondato e si ritiene che le considerazioni sopra effettuate assumano rilievo anche al fine di rigettare la rilevata eccezione di una presunta carenza di legittimazione da parte del Gambino.

Ancora l'attore chiede dichiararsi l'invalidità della perizia non essendo stato rispettato il "principio del contraddittorio" pare perché l'arbitro non avrebbe visionato la scrittura relativa ai lavori concordati tra le parti in originale e perché mancherebbe un vero e proprio "verbale di sopralluogo delle parti con l'arbitro".

In merito si sottolinea, in primo luogo, che la perizia contrattuale non conclude un vero e proprio procedimento. Le parti conferiscono al perito scelto per la sua competenza, il compito di determinare una parte del contratto ma lo lasciano, evidentemente, libero di svolgere come crede le proprie indagini. Ciò lo si evince dal fatto che addirittura nell'ambito dell'arbitrato rituale (ove un procedimento è previsto ex art. 816 segg. c.p.c.) la legge dispone (art. 816 bis c.p.c.) che le parti possano stabilire, prima dell'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri devono osservare: in mancanza di tali norme gli arbitri debbono attuare il principio del contraddittorio ma "*hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengono più opportuno*".

Nel caso di specie, poi, al Geom. Antichi era stato conferito, nella sostanza, l'incarico di effettuare una stima dei lavori svolti e questi ha risposto dopo aver effettuato, come esposto nella relazione, verifiche e rilevazioni presso l'immobile e, pertanto, non si vede come i supposti profili di "irregolarità" sollevati dalla parte attrice possano, comunque, avere inficiato l'operato del perito.

Quest'ultimo doveva appunto, come contemplato nella convenzione, valutare i lavori di ristrutturazione effettivamente realizzati nell'immobile per cui è causa è ciò basta per rendere assolutamente priva di alcun pregio l'eccepita "indeterminatezza della convenzione", così come i rilievi effettuati in merito all'importo dell'appalto.

È evidente, infatti, che il geom. Antichi abbia provveduto a fare una quantificazione sulla base dei prezziari o, comunque, su parametri conosciuti per la sua esperienza nel settore.

In ogni caso le relative deduzioni effettuate dall'attore nel paragrafo "sull'importo dell'appalto" costituiscono materia che esula l'oggetto della presente controversia che, si ricorda, consiste nell'impugnazione di una decisione arbitrale. Ora non si disconosce il fatto che, anche in tale sede, la parte possa dimostrare, in concreto, l'eventuale errore nell'apprezzamento della realtà da parte degli arbitri in quanto nell'arbitrato irrituale (ed anche nella perizia contrattuale) - quale vicenda che inizia e si esaurisce sul piano contrattuale - può rilevare ai fini dell'impugnazione ai sensi dell'art. 1429 c.c., ossia come un errore degli stessi arbitri che abbia inficiato la volontà contrattuale dagli stessi espressa, ma, nel

caso di specie, il compito conferito al geometra era quello, si ripete, di valutare i lavori di ristrutturazione effettivamente realizzati nell'immobile in oggetto, determinarne il valore, verificare l'esecuzione o meno a regola d'arte. Nel momento in cui il perito ha adempiuto a tale incarico, per ottemperare il quale è stato essenziale effettuare un apprezzamento tecnico a seguito di sopralluoghi, il suo compito è stato puntualmente e regolarmente svolto.

In questa sede, quindi, si conferma la validità della perizia oggetto di impugnazione.

La validità della stessa non comporta però che potesse assumere la veste di titolo esecutivo: merita, infatti, accoglimento la domanda attorea di dichiarazione di illegittima apposizione del decreto di esecutività. La legge, e, segnatamente l'art. 825 c.p.c., dispone che il lodo rituale sia dichiarato esecutivo con decreto, ma la disposizione appena citata non si applica al lodo contrattuale (art. 808 ter n. 5 c.p.c.) e, di certo, non si applica alla perizia che non è un titolo esecutivo (v. art. 474 n. 1 c.p.c.): deve quindi dichiararsi che la perizia fu dichiarata esecutiva del tutto illegittimamente.

È, infine, da esaminare la domanda riconvenzionale di parte convenuta la quale ha chiesto la condanna dell'attore al pagamento della somma di Euro 18.565,00, risultante dalla differenza tra il valore individuato dal perito (con applicazione di IVA) e la somma già corrisposta dal La Marca, nell'ammontare individuato, nelle stesse premesse della convenzione "arbitrale", in Euro 35.000,00.

La domanda è fondata. Se, come si è detto, scopo del procedimento peritale è quello di "completare" un contratto determinando un elemento di esso, è evidente che una volta compiuta la perizia il contratto è "perfetto" e di esso può chiedersi l'adempimento e ciò può avvenire tramite una pronuncia di condanna a seguito di un procedimento contenzioso od anche attraverso un, più rapido, procedimento ingiunzionale. Come ha, infatti, con felice sintesi, deciso un giudice di merito (relativamente ad un arbitrato libero), "atteso che gli arbitri si limitano a dare contenuto alla volontà negoziale dei paciscenti già espressa nel patto compromissorio la decisione dell'arbitro o del perito integra la prova scritta dell'art. 633 n.1 c.p.c. per la pronuncia di un decreto ingiuntivo" (Trib. Pisa 16.12.1993).

In merito al quantum richiesto l'unica contestazione effettuata del La Marca riguarda un presunto erroneo conteggio della somma versata in acconto che, secondo quanto assunto, corrisponderebbe al maggiore importo di Euro 46.000,00: ha eccepito, al proposito, che lo stesso, nella convenzione, era stato "indotto ad accettare che si dessero come pagamenti certi solo 35.000,00" e che ciò fosse stato determinato da "dolo dell'altro contraente".

Di quest'ultima presunta "coartazione", l'attore non ha fornito la benchè minima prova e, pertanto, ne consegue che lo stesso venga, in accoglimento della domanda riconvenzionale avanzata, condannato al pagamento a favore dei convenuti della somma di Euro 18.565,00 oltre interessi legali dalla domanda giudiziale al saldo.

In merito alle spese di lite, stante l'esito, sussistono giusti motivi per la compensazione parziale, nella misura di un terzo, tra le parti con la condanna della parte attrice alla rifusione dei rimanenti due terzi.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza, azione ed eccezione respinte, così decide:
respinge la domanda attorea di annullamento e/o dichiarazione di nullità della pronuncia ("relazione") resa inter par-

tes dall'arbitro Geom. Jonny Antichi in data 13.02.2007 e relativa rettifica del 14.02.2007;
dichiara illegittimamente apposto a tale pronuncia ("relazione") il decreto di esecutività in data 10-21.05.2007;
respinge la domanda attorea di annullamento e/o dichiarazione di nullità della convenzione di arbitrato del 13.11.2006;
in accoglimento della domanda riconvenzionale, condanna l'attore al pagamento a favore dei convenuti della somma di Euro 18.565,00 oltre interessi legali dalla domanda giudiziale al saldo.

Tribunale di Genova, 2 marzo 2011, R.g. 11125/2009 - Giudice Unico Braccialini - Merlo c. Comune di Genova.

SANZIONI amministrative - "transito inoffensivo" dei motocicli / ciclomotori all'interno delle corsie riservate ai bus - opposizione - regolarità del procedimento amministrativo di accertamento delle infrazioni - sussiste.

(Artt. 6, 7, 12, 200, 201 D. lgs. 20.04.1992 n. 285 e succ. mod.; Art. 17 L. 15.05.1997 n. 127 e succ. mod.)

L'offensività in concreto dei transiti vietati è ravvisabile nei casi di transito nelle corsie riservate nell'ora di punta, in una posizione che obiettivamente ingombri la sede riservata e non renda assolutamente agevole il deflusso per i veicoli autorizzati, in un'arteria cittadina caratterizzata da elevati volumi di traffico. Simili comportamenti infatti precludono secondo l'id quod plerumque accidit all'imminente realizzazione di un concreto intralcio ai veicoli autorizzati, anche quando si sia alla guida di un veicolo di ridotto ingombro (...).

Quindi non esiste nessuna presunzione assoluta di transito inoffensivo dei ciclomotori o motocicli nelle corsie riservate dati i loro ridotti ingombri, ma di volta in volta è il giudice di merito a dovere stabilire se di circolazione si tratti, oppure di estemporanea o non consapevole o necessitata invasione della corsia riservata.

(Cfr. Cass. civ. 7.12.2006 n. 26311)

Gli ausiliari del traffico, quali "organi di polizia stradale aggregati" per la limitata equiparazione riconosciuta dalla normativa del 1997, possono partecipare al procedimento di accertamento relativo alle infrazioni relative alle corsie riservate.

Svolgimento del processo

Con ricorso tempestivamente depositato il 7.11.2007 la sig. Raffaella Merlo ha proposto opposizione ex art. 204 bis Codice Strada in riferimento agli artt. 22 e ss. L. 689 del 1981 nanti il Giudice di Pace cittadino con riguardo a tre Con ricorso tempestivamente depositato il 7.11.2007 la sig. Raffaella Merlo ha proposto opposizione ex art. 204 bis Codice Strada in riferimento agli artt. 22 e ss. L. 689 del 1981 nanti il Giudice di Pace cittadino con riguardo a tre verbali di contestazione di violazione stradale che le comminavano sanzioni pecuniarie per violazione delle seguenti disposizioni del Codice della Strada: art. 7.4 e 7.14; fatti accertati nella Via Tolmaide in Genova il 7 e 25 maggio ed il 21 giugno 2007.

La ricorrente nel suo atto introduttivo contestava l'addebito di aver percorso la corsia riservata ai mezzi pubblici nella citata via per i seguenti motivi:

- violazione degli artt. 6, 7 del Codice in relazione alla decisione n. 26311 del 2006 della Corte di Cassazione, non essendo possibile l'intralcio da parte di un motociclo nelle corsie riservate per la sua ridotta sagoma;

- inaffidabilità di un accertamento basato su di un unico fotogramma, anche in relazione alla possibilità di spostamenti occasionali per problemi della circolazione;
- illegittimità della procedura di accertamento dell'infrazione, affidata a funzionari non autorizzati ad elevare il verbale di contestazione (personale ispettivo della locale Azienda trasporti);
- violazione del co. 133 bis dell'art. 17 L. 127 del 1997 relativo alle modalità di accertamento automatico delle infrazioni in relazione agli artt. 1; 3.2; 5.3 del d.p.r. attuativo n. 250 del 1999, che dettagliatamente disciplina le modalità di impiego delle apparecchiature di rilevazione a distanza;
- eccesso di potere per l'istituzione di corsia riservata in corrispondenza di esercizi commerciali.

L'Amministrazione si è costituita nel giudizio di primo grado chiedendo il rigetto dell'opposizione.

Il Giudice di Pace adito ha accolto il ricorso annullando tutti e tre i titoli sanzionatori e condannando l'Amministrazione alla rifusione delle spese di lite (sentenza nr. 5157 dell'11.6.2008).

Contro tale decisione interpone appello il Comune di Genova deducendo come unico motivo il travisamento dei fatti ed il vizio della decisione in relazione alla ritenuta carenza di potere dell'accertatore dell'Azienda Trasporti AMT, con conseguente violazione di tutte le norme di legge regolanti il procedimento di accertamento e contestazione (L. 127/97, art. 17 co. 132 e 133; art. 68 L. 488/99; art. 201 co. 1bis lett g) codice Strada)

Resiste la parte ricorrente di prime cure, la quale chiede la conferma integrale della decisione impugnata riproducendo integralmente i motivi dell'originaria opposizione ed eccependo la tardiva produzione in appello dei provvedimenti amministrativi di organizzazione dell'attività di riscontro del transito nelle cd. "corsie gialle".

Il procedimento, ritenuto non necessitante alcuna integrazione istruttoria orale, è infine prevenuto alle udienze del 2.2.2011, ma dopo la discussione orale è stato rimesso sul ruolo per approfondimenti circa la titolarità degli apparati di controllo a distanza: nell'udienza del 18.2 u.s. le parti hanno concordemente dato atto essere pacifica l'ubicazione degli apparati di controllo computerizzato presso la struttura aziendale della concessionaria AMT fino alla fine del 2008. Nuovamente pervenuto nella fase decisionale, esso è stato trattato nelle forme dell'art. 352 u.c. c.p.c. all'odierna udienza, con rinuncia al deposito delle conclusioni (già sottoposte) e discussione orale: all'esito, la causa è stata trattata a sentenza.

Motivi della decisione

(... *Omissis*...)

Date queste premesse teoriche, si tratta di stabilire nelle vicende in esame, in primo luogo, che cosa si intenda per circolazione nelle corsie riservate, che è per l'appunto il comportamento previsto e punito dal combinato disposto degli articoli 7.1 lett. i) e comma 14, seconda parte, del Codice della strada. In seconda battuta, è indispensabile interrogarsi se la condotta vietata sia desumibile senza incertezze o margini di errore dal compendio fotografico che in questi casi per solito accompagna la contestazione delle infrazioni - altra questione fattuale. Subito dopo, occorre stabilire se la circolazione vietata in tal modo apprezzata sia in grado di determinare un pregiudizio alle ragioni per le quali sono state istituite le corsie riservate: vale a dire, il celere ed indistur-

bato transito dei mezzi urbani per il trasporto pubblico, dei mezzi di servizio autorizzati e delle altre categorie di veicoli privati, cui esclusivamente è consentito accedere ed utilizzare le corsie riservate.

Per quanto attiene il primo profilo, la nozione di "circolazione" rimanda ad un'utilizzazione di una determinata corsia stradale non estemporanea e non obbligata da improvvise contingenze, come le stesse manovre di emergenza a cui spesso i motociclisti sono obbligati per i comportamenti "prepotenti" di altri utenti della strada più corazzati. Di questo impiego non temporaneo e non necessitato della sede stradale, come presupposto sanzionatorio, si rende conto la C.a., che ha fatto installare dalla sua concessionaria un sistema di monitoraggio che non *fotografa* indiscriminatamente l'utilizzatore estemporaneo, ma è comandato da un gruppo di sensori che dà impulso alla rilevazione fotografica (in digitale) quando siano stati percorsi trenta metri all'interno della corsia riservata: uno spazio sufficiente a consentire un adeguato discrimine tra chi il motociclista maleducato e quello costretto all'invasione temporanea della corsia riservata (cfr. la non contestata ricostruzione tecnica del funzionamento del sistema Sirio VES 1.0 contenuta nella comparsa di risposta del Comune in primo grado).

Per quanto riguarda l'offensività della condotta, è opinione di questo giudice che non si debba richiedere la materiale dimostrazione di un concreto intralcio arrecato ad un mezzo pubblico, piuttosto che ad un veicolo autorizzato, ma occorra stabilire - secondo dati di comune conoscenza ed esperienza - se la presenza di un veicolo "abusivo", constatata in un certo momento nella corsia riservata, possa entro un breve scorcio di tempo determinare ciò che il legislatore e l'ente proprietario della strada vorrebbero impedire: l'intralcio alla circolazione dei (pochi) mezzi autorizzati.

Ecco dunque che non è decisivo constatare l'assenza di mezzi autorizzati al transito nelle "corsie gialle" negli immediati pressi del veicolo "incriminato", effigiati tutti nella medesima fotografia, ma si tratta piuttosto di considerare se, in relazione ad una pluralità di fattori valutativi, tale presenza è ragionevolmente destinata o meno ad evolvere a breve in un motivo di intralcio alla circolazione privilegiata.

A tali fini, si dovranno quindi considerare:

- a) la posizione del veicolo non autorizzato rispetto ai margini delimitanti la corsia riservata;
- b) la conformazione e collocazione della corsia riservata rispetto all'asse viario cittadino;
- c) la presenza di deviazioni, parcheggi o sbocchi privati sul limitare esterno;
- d) l'orario in cui si sia verificata l'infrazione;
- e) quando possibile, le concrete condizioni del traffico circolante negli immediati pressi del veicolo "invasore".

Pertanto, *tagliare* la corsia riservata per accedere ad esercizi o parcheggi ubicati sul limitare esterno della corsia riservata non può far incorrere nella sanzione in esame. Come pure un marcia "border line" di un motociclo immediatamente a ridosso della linea di demarcazione della corsia, oppure in termini *non realmente invasivi* della corsia riservata, che sono comportamenti e stili di guida non particolarmente commendevoli, non sembrano condotte concretamente meritevoli di sanzione, nella misura in cui non esponano a rischio di intralcio la circolazione privilegiata dei mezzi autorizzati; salva ovviamente la sanzionabilità *sempre e comunque* delle medesime condotte appena considerate, ove risulti verificato *in positivo*, anche in tali condizioni e tempi, un effettivo intralcio recato ai veicoli autorizzati al transito nelle corsie bus.

L'offensività *in concreto* dei transiti vietati, che non significa per quanto appena detto *intrinsicamente immediato e concreto*, sarà ravvisabile nei casi di transito nelle corsie riservate nell'ora di punta, in una posizione che obiettivamente ingombri la sede riservata e non renda assolutamente agevole il deflusso per i veicoli autorizzati, in un'arteria cittadina caratterizzata da elevati volumi di traffico. Simili comportamenti infatti preludono secondo *l'id quod plerumque accidit* all'imminente realizzazione di un concreto intralcio ai veicoli autorizzati, anche quando si sia alla guida di un veicolo di ridotto ingombro.

Questa disamina teorica dei comportamenti punibili - che parrebbe a tutta prima un inutile orpello, alla stessa stregua di molte pagine della sentenza impugnata - è invece di estrema importanza dopo la decisione della Corte di Cassazione del 7.12.2006, la numero 26311, che risulta al momento l'unico precedente di legittimità edito in materia di circolazione dei motocicli all'interno delle corsie riservate: nella quale lo scrivente ravvisa un caso di applicazione del principio di offensività anche per le sanzioni amministrative. Nella *vulgata* non disinteressata che si è determinata subito dopo il deposito di tale sentenza, essa è stata presentata alla stregua di una *licenza di invadere impunemente le corsie riservate* da parte dei motociclisti, visto che il ridotto ingombro nei medesimi non sarebbe praticamente mai di ostacolo alla circolazione dei mezzi autorizzati. Nei più diffusi repertori, la decisione è infatti massimata come segue: "*Il ciclomotore che circoli sulla corsia riservata ai mezzi pubblici non costituisce, in considerazione del ridotto ingombro, un intralcio allo svolgimento del relativo servizio di pubblico trasporto e, pertanto, non può essere sanzionato*" (Parti: D'Errico c. Com. Roma, in Arch. circolaz., 2007, 243 e nel Repertorio Foro It. 2007, Circolazione stradale [1280], n. 178)

In realtà, l'analisi testuale della decisione lascia intendere invece che è rimesso al giudice del merito, di volta in volta, stabilire se l'apparente infrazione sia potenzialmente foriera di intralcio alla circolazione riservata, o meno. Infatti la Cassazione testualmente dice: "...*In ogni caso, poi, dal ricorso in opposizione - che questa Corte esamina, dolendosi il D. E. del mancato esame, da parte del primo Giudice, di circostanze di fatto aventi rilevanza decisiva, prospettate nell'atto introduttivo del giudizio - si ricava che effettivamente il D. E. ebbe a dedurre che un ciclomotore di ridotto ingombro non poteva mai intralciare il traffico, essendo bene il conducente in grado di accostarsi al margine della carreggiata, anche per la mancanza in luoghi di cordoli che potessero intralciare la manovra e in considerazione dello scarso traffico esistente in luogo per via dell'ora (ore 12.10) in cui sarebbe avvenuta l'infrazione contestata.*

Orbene, tali deduzioni difensive non solo non risultano essere state oggetto di alcuna doverosa critica valutazione ma non risultano neppure prese in considerazione dal giudicante.

4. Alla stregua dei rilievi che precedono il ricorso deve essere accolto e va cassata la sentenza impugnata: con rinvio - occorrendo ai fini del decidere accertamenti di fatto non consentiti in sede di legittimità - ad altro giudice dell'Ufficio del GdP di Roma, che provvederà anche sulle spese del presente giudizio. PQM..."

Quindi non esiste nessuna *presunzione assoluta di transito inoffensivo dei ciclomotori o motocicli nelle corsie riservate dati i loro ridotti ingombri*, ma di volta in volta è il giudice di merito a dover stabilire se di circolazione si tratti, oppure di estemporanea o non consapevole o necessitata invasione della corsia riservata. Lo stesso decidente di merito deve stabilire se il bene protetto sia realmente compromesso o esposto a pericolo dalla condotta constatata: prova ne sia che l'annul-

lamento della sentenza di primo grado non è stato dalla Corte di Cassazione disposto *senza rinvio*, ma *con rinvio* al primo giudice proprio per tale tipo di valutazione.

Facendo tesoro di tali considerazioni preliminari, e passando all'esame del compendio fotografico che è stato prodotto nel corso del giudizio di primo grado, si tenga presente che il funzionamento della telecamera Sirio Ves 1.0, che è stata impiegata nella vicenda specifica, risulta minuziosamente descritto nelle difese dell'amministrazione (cfr. la comparsa del 28.5-3.6.2008) e tale spiegazione tecnica non risulta minimamente messa in discussione.

(... *Omissis...*)

Chiuso il capitolo sulle qualifiche soggettive dei funzionari pubblici o dei dipendenti da una società privata concessionaria di servizio pubblico, abilitati a procedere alla contestazione delle infrazioni relativa al transito nelle corsie riservate, si deve ora porre l'attenzione sulle modalità di accertamento e contestazione delle infrazioni stesse, con particolare riguardo ai casi in cui la circolazione vietata sia rilevata con apparati tecnici e non *de visu* - sul luogo e nell'immediatezza del fatto - dal verbalizzante.

Le due "disposizioni-chiave" sono gli **artt. 200 e 201 del Codice della Strada**, più volte *rimaneggiati*, ad indicare l'estrema turbolenza di una materia *economicamente sensibile* che tocca abbastanza da vicino gli interessi degli utenti della strada determinando la formazione di gruppi di pressione formali e informali, spesse telematici, di particolare vivacità.

(... *Omissis...*)

La testuale esposizione delle fonti normative rilevanti consente quindi di prendere posizione sui rilievi della parte ricorrente relativamente alla legittimità del procedimento di irrogazione della sanzione irrogata che, come detto, è stata determinata in base al comma 14 dell'art. 7 Codice della Strada in relazione al divieto di circolazione nelle corsie riservate ai mezzi pubblici.

È di tutta evidenza, in base al dato testuale dei due commi dell'art. 17 L. 127 del 1997, che il personale addetto all'accertamento delle violazioni in materia di circolazione nelle corsie riservate disponga non solo del potere di contestazione immediata, ma anche di quello di redazione dei verbali di constatazione, per tutte le ipotesi di cui all'art. 201 del Codice della Strada, allorché non sia stato possibile procedere ad addebito immediato al contravventore (es.: constatazione *de visu* da bordo di un mezzo pubblico, come ne caso tratto dalla sentenza 26311/2006 appena citata).

Si potrà discutere sulla portata interpretativa o innovativa della L. 488 dell'anno successivo, ma è palese che, un decennio dopo, la titolarità del potere in questione non può porsi in discussione per tutti i casi successivi all'entrata in vigore della seconda fonte normativa. L'impiego del termine "comprende" e la congiunzione "nonché" rendono in modo abbastanza solare dal punto di vista semantico la possibilità che l'accertamento possa prescindere dalla contestazione immediata e dunque che il dipendente ispettivo della locale Azienda trasporti concessionaria del servizio di trasporto passeggeri nell'ambito comunale, equiparato all'agente di polizia stradale ai limitati fini dei riscontri sulla violazione dei transiti nelle corsie bus, possa senza meno rilevare l'infrazione, anche quando non immediatamente contestabile.

Se così non fosse, non si comprende perché il dato testuale non si fermi alle parole "*contestazione immediata*", dato che è già palese che tale potere si risolva in atti di accertamento aventi valenza pubblica privilegiata: il che vuol altrimenti dire che sono ammessi anche *altri atti pubblici* nell'ambito della

procedura di accertamento delle infrazioni, diversi dal solo riscontro visivo e contestazione immediata.

Ne discende quindi che gli ausiliari del traffico, quali “organi di polizia stradale *aggregati*” per la limitata equiparazione riconosciuta dalla normativa del 1997, possono partecipare al procedimento di accertamento relativo alle infrazioni relative alle corsie riservate, in chiave “ancillare” di non delegabili funzioni relative all’emissione del definitivo titolo sanzionatorio: adempimento spettante alla Polizia Municipale.

Non sfugge allo scrivente che il contenzioso qui trattato, che si disperde per mille rivoli tra primo e secondo grado essendo state elevate diverse migliaia di sanzioni con il Sirio Ves, ha connotati a tratti *surreali* e di *raro bizantinismo*, nella misura in cui sembra decisamente incongruo ammettere *pacificamente* un potere di accertamento immediato e di contestazione da parte degli ausiliari del traffico solo sul luogo e nell’immediatezza della trasgressione, il che dà luogo ai noti problemi circa la fidejacia dei cd. “accertamenti dinamici” per quanto riguarda la rilevazione delle targhe dei motocicli in movimento; mentre lo stesso potere sarebbe inibito quando l’attività di riscontro si svolga *da fermi*, a tavolino, attraverso un semplice esame di una fotografia digitale ed interrogazione del sistema di archiviazione del P.R.A. circa il titolare della targa: riscontro non punto difficoltoso, posto all’interno di un procedimento sanzionatorio che si conclude con l’emissione di un verbale di contestazione ex art. 201 Cod. Strada emesso dalla Polizia municipale e non dall’Azienda Trasporti.

(... *Omissis*...)

La differenza sostanziale tra il regime convenzionale instaurato con gli atti stipulati tra Comune, Polizia Municipale e AMT e quello discendente dal D.L. 151 prima, e ribadito dall’ultima riforma ferragostana, riguarda l’ubicazione delle apparecchiature di controllo, che nella specie non sono custodite presso locali della polizia municipale ma presso la concessionaria AMT, come pacificamente emerge dalle opposte difese, dalle convenzioni stipulate e come confermato nella nota della P.M. del 18.2 u.s.. Concernono poi in seconda battuta la diretta constatazione da parte della stessa polizia municipale del fotogramma, con diretta interrogazione al sistema informatico del P.R.A.

È su questo specifico terreno, che ha addentellati garantistici di indubbia pregnanza, che la scelta dell’Amministrazione di “privatizzare” fasi fondamentali del procedimento di accertamento - pur con tutte le attente e serie cautele contenute nelle citate convenzioni - non risulta in linea con il diritto positivo e tale scostamento non ha una valenza solo formale, perché incide profondamente sulla *prima garanzia di affidabilità delle sanzioni stradali*: quella per così dire “ordinamentale” relativa al monopolio dell’accertamento delle sanzioni affidato alla polizia stradale ex art. 12 Cod. Strada, senza mediazioni possibili sui profili relativi a titolarità degli impianti e controllo sul loro funzionamento.

Dall’analisi testuale del dato normativo esposto in precedenza, si può notare un’incongruenza o meglio un temporaneo “buco di sistema”, che riguarda(va) esclusivamente il transito sulle corsie riservate e che consente di esaminare in un unico contesto tutte le doglianze che vengono avanzate in molti ricorsi e riproposte in appello facendo perno sul comma 133 bis della L.127-97, per approdare agli artt. 1,5,8 del D.P.R. 250 del 1999: una situazione protrattasi dal 1999 al 2003 e cioè dall’introduzione di una normativa tecnica puntuale sui controlli negli accessi alle aree ZTL ed ai centri storici cittadini, fino alla modifica dell’art. 201 del Co-

dice della strada ad opera del D.l. 151/03.

I precedenti due commi dell’art. 17 della L. 127-97, i nn. 132 e 133, consentivano l’accertamento delle infrazioni in esame da parte degli organi ispettivi delle concessionarie di trasporto, ma la disciplina analitica sulle autorizzazioni ministeriali e circa le modalità tecniche di accertamento mediante apparecchi di rilevazione a distanza non era prevista dalla *norma bis* del comma 133bis della legge del 1997 - aggiunto l’anno successivo - per il transito sulle corsie riservate, dato che la normativa tecnica ed amministrativa parlava solo degli accessi vietati nella zona a traffico limitato o nei centri storici. Solo per tali apparecchiature era in origine prevista, in particolare, la necessaria preventiva autorizzazione ministeriale all’installazione e la diretta disponibilità ed il controllo da parte della polizia stradale, quale definita dall’art. 12 del Codice (cfr. l’art. 5.3 del D.P.R. 250/99).

Nella sentenza impugnata non si fa la minima chiarezza in proposito, perché il piano motivazionale sembrerebbe unicamente quello delle “qualifiche soggettive” e non quello delle “modalità di accertamento” in rapporto al “monopolio della funzione sanzionatoria” della polizia stradale.

Il fatto è che, in tema di procedimento amministrativo, solo norme di legislazione primaria possono intervenire a conferire poteri ad organi e funzionari amministrativi, in applicazione dell’art. 97 Costituzione. Nel primo quadriennio di vigenza del D.P.R. 250/99, non potevano dunque essere estese analogicamente disposizioni particolari, come quelle del predetto regolamento delegato, che hanno testualmente una portata obiettiva limitata ai controlli sugli accessi in tali due ambiti riservati, ma non si applicavano per le “corsie bus”. Nel periodo trascorso tra il 1999 ed il 2003 ci si muoveva così, nel settore che qui interessa, con due soli precisi limiti. Da un lato, il potere dei funzionari AMT abilitati ad accertare le infrazioni mediante apparecchiature di riconoscimento a distanza per i transiti vietati nelle corsie bus; dall’altra, la competenza della Polizia municipale per la materiale conclusione del procedimento sanzionatorio ed in particolare per l’emissione del provvedimento finale.

Gli atti emessi dalla civica amministrazione riflettevano questo ordine di competenze *ante 2003*. La convenzione del 12.4.2007 stipulata tra AMT e Polizia Municipale infatti stabiliva le modalità di installazione di segnaletica ed apparati di rilevamento ed il contributo del persone ispettivo della concessionaria alla fase dell’accertamento: il quale contributo si sostanzialmente nella diretta gestione degli apparecchi di ripresa e nel successivo riscontro del numero di targa con l’anagrafica dei proprietari, una volta immortalata digitalmente la presenza del contravventore nella corsia gialla.

La medesima convenzione si preoccupava per vero di realizzare garanzie di affidabilità tecnica degli apparati utilizzati per fotografare i trasgressori, non inferiori a quelle contemplate per diritto positivo ai fini degli accessi alle zone ZTL e centri storici, tant’è vero che la convenzione stessa prevedeva l’acquisto di apparecchiature omologate dal Ministero anche per verificare le infrazioni alla circolazione sulle corsie riservate. Ed infatti, conformemente alla deliberazione di concessione delle corsie gialle all’AMT, la specifica apparecchiatura installata in Via Tolemaide era munita dell’autorizzazione ministeriale, oltre a risultare completamente mantenuta nell’agosto 2006 e pertanto in epoca non tanto lontana - considerate le caratteristiche tecniche della macchina ed il suo “ciclo operativo” - rispetto alle infrazioni, per cui si procede in questa sede.

La musica cambia decisamente nel 2003, con il decreto legge 151 convertito nella Legge 214 e la conseguente modifica da esso apportata all'art. 201 del Codice della Strada, perché si esclude l'obbligo di contestazione immediata dell'infrazione per i casi constatati con apparecchi telematici omologati relativamente ai transiti nelle zone ZTL, ma anche nelle corsie riservate ai bus, accertati con impiego delle apparecchiature di cui al comma 133 bis della L. 127/97. Per cui con l'art. 4 lett. b) del D.L. viene così riscritta una parte dell'art. 201 Codice della Strada:

«.. «1-bis. Fermo restando quanto indicato dal comma 1, nei seguenti casi la contestazione immediata non è necessaria e agli interessati sono notificati gli estremi della violazione nei termini di cui al comma 1:

g) rilevazione degli accessi di veicoli nelle zone a traffico limitato e circolazione sulle corsie riservate attraverso i dispositivi previsti dall'articolo 17, comma 133-bis, della legge 15 maggio 1997, n. 127.

In altri casi in cui non è avvenuta la contestazione immediata, il verbale notificato agli interessati deve contenere anche l'indicazione dei motivi che hanno reso impossibile la contestazione immediata. Nei casi previsti alle lettere b), f) e g) non è necessaria la presenza degli organi di Polizia qualora l'accertamento avviene mediante rilievo con apposite apparecchiature debitamente omologate.»

Se dunque in effetti il comma 133 bis dell'art. 17 L. 127/97 non prevedeva in alcun modo l'applicazione della normativa tecnica del d.p.r. 250/99 alle corsie riservate, in origine, questa estensione risulta però operata in termini positivi dalla specifica modifica della norma codicistica intervenuta nel 2003.

Erra quindi la difesa del Comune quando nelle difese finali riconduce la totale equiparazione tra il controllo sugli accessi cittadini (centri storici e aree ZTL) e quelli sulle corsie riservate, imputandola ad esclusivo e recente frutto della L. 210/10.

Questa identità delle regole procedurali circa l'accertamento delle sanzioni era già stata introdotta nel 2003 con il richiamato art. 4 del D.L. 151 e, semmai, l'ultima legge feragostana si è solo preoccupata di rimediare ad un palese "svarione" occorso nel 2003, quando il citato decreto legge aveva escluso la contestazione immediata per corsie riservate e zone ZTL, dimenticando i centri storici pur menzionati nel 1998 dal più volte citato comma 133 bis. Di suo, la L. 210 del 2010 ha aggiunto solo le forme del controllo telematico ex D.P.R. 250/99 anche alle "strade riservate", prima non contemplato.

Si conviene che il rinvio contenuto nell'art. 201 Codice Strada al D.P.R. 250/99, nel testo vigente dal 2003, non paia a tutta prima particolarmente consapevole e la ricostruzione del sistema per l'interprete non si presenti per nulla agevole, tuttavia esso è testuale e corrisponde ad una logica normativa indiscutibile. Non si vede infatti perché solo l'accesso alle zone ZTL ed ai centri storici dovesse essere presidiato con adeguate garanzie tecnico-organizzative, mentre per il transito sulle corsie bus - monitorato con lo stesso tipo di apparecchiature - ci sarebbe stata la più totale libertà dei moduli organizzativi, a dispetto dell'afflittività delle sanzioni irrogabili.

Ora, le forme di accertamento dei transiti vietati messe in cantiere dall'Amministrazione comunale nel 2007 non si conformano alla legislazione primaria e secondaria perché sono state oblite tutte le regole contenute nel D.P.R. 250/99 circa il sostanziale monopolio e "primazia" della polizia stradale (nella specie, municipale) per tutto ciò che concerne l'autorizzazione all'impiego del Sirio Ves per le corsie riservate; l'installazione degli apparati di controllo; la

disponibilità dei sistemi di controllo esclusivamente presso la Polizia Municipale, e non presso strutture tecniche della concessionaria, come avvenuto nella specie.

Tali omissioni si riverberano sulla legittimità del procedimento di accertamento, riservato per legge alla polizia stradale pur se, si diceva, taluni momenti intermedi e collaborazioni "ancillari" potrebbero essere delegati: ma non i profili inerenti la diretta disponibilità ed il controllo sugli impianti e le regole sull'utilizzabilità delle immagini telematiche.

Gli scostamenti delle convenzioni comunali dell'aprile 2007 dalle regole sul funzionamento degli apparati di rilevazione a distanza secondo i precisi dettami del D.P.R. 250 si traducono in un vizio del procedimento di acquisizione della prova, perché il regolamento delegato nel 1999 si preoccupava di realizzare un contemperamento tra le esigenze del controllo sulla circolazione, con quelle sull'impiego delle immagini carpite con il Sirio Ves. Queste ultime, infatti, possono compromettere quella vasta gamma di interessi che per brevità si può compendiare con il termine "privacy", tutelata oggi con il Testo Unico sulla tutela dei dati personali ma già considerati, un triennio prima dell'entrata in vigore delle regole tecnico-organizzative del D.P.R. 250/99, con la L. 675 del 1996.

Coerentemente con tali preoccupazioni normative, le attenzioni dedicate dal D.P.R. 250 ad impedire la propalazione incontrollata delle immagini, pur così significative e quasi sempre decisive ai fini delle infrazioni, rendono chiaro che la questione della titolarità dei controlli a distanza sui transiti riservati, e relative forme e moduli organizzativi, non è una diatriba solo formale, ma incide profondamente sulla legittimità di accertamenti che, in qualche misura o in qualche parte, aggirino il presidio garantistico costituito dall'intero impianto del decreto del 1999.

Ne discende conclusivamente che i verbali di accertamento elevati a carico della MERLO, eseguiti mediante apparati non preventivamente autorizzati in sede ministeriale e soprattutto al di fuori della diretta ed esclusiva titolarità della polizia municipale, recano seco un vizio genetico derivante dall'illegittimità del procedimento di accertamento - non conforme al regime autorizzativo e "monopolistico" di cui al D.P.R. 250/99 - e sono dunque annullabili.

Pertanto, la decisione di prima grado va integralmente confermata anche per la prima e la terza sanzione, mentre per le spese dell'odierno appello si ritiene di doversi disporre la compensazione integrale vuoi per la novità delle tematiche trattate, in un contesto normativo davvero di non agevole ricostruzione, vuoi per le indubbie ragioni dell'amministrazione rispetto a parte delle specifiche vicende contravvenzionali qui in discussione.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, ogni altra domanda, eccezione o difesa respinta, respingendo l'appello proposto dal Comune di Genova, conferma la sentenza impugnata, annullando le sanzioni amministrative opposte.

Compensa tra le parti le spese dell'odierno gravame.

Giudice di pace di Tortona Marco Tiby, 24 marzo 2011 - Paganelli (Avv. Sommovigo) c. Trenitalia S.p.a. con sede in Roma.

SANZIONI amministrative - Ordinanza ingiunzione di

Trenitalia - viaggiatore sprovvisto di titolo - dimenticanza dell'abbonamento - irragionevolezza della disciplina sanzionatoria - errore sul fatto non determinante da colpa - configurabilità.

(Art. 3 L. 24.11.1981, n. 689; artt. 84 e 23 del DPR 11.07.1980, n. 753, "Nuove norme in materia di polizia, sicurezza e regolarità dell'esercizio delle ferrovie e d'altri servizi di trasporto")

Anche in considerazione dell'irragionevole disciplina sanzionatoria attualmente in vigore, può configurare un errore sul fatto tale da escludere la responsabilità ai sensi dell'art. 3 L. 689/81, salire a bordo del treno senza aver preventivamente controllato di avere con sé l'abbonamento ferroviario e non essere quindi in grado di esibirlo all'atto del controllo (nella specie, la ricorrente, per pura dimenticanza, aveva lasciato a casa l'abbonamento mensile in corso di validità, ed era stata sanzionata al pari di chi utilizza il servizio di trasporto senza preventivamente munirsi di apposito biglietto).

Ragioni di fatto e di diritto della decisione

Premesso che:

il giorno 30.10.2009 l'odierna ricorrente si trovava in viaggio sul treno IC 659 Milano - Genova, quando, in prossimità della Stazione di Tortona, le veniva richiesto dal capo treno di esibire il titolo di viaggio del quale però risultava sprovvista;

poiché la stessa si era rifiutata di regolarizzare la sua posizione mediante pagamento del biglietto, oltre alla soprattassa di Euro 50,00, il capo treno, dopo averle consegnato un titolo di viaggio sostitutivo, redigeva il verbale di accertamento n. 45/863387, applicando la sanzione di Euro 200,00; contro il verbale la ricorrente presentava le sue difese scritte, ma il servizio Responsabile Vendita Assistenza Lombardia disattendeva le sue rimostranze ed emetteva, ai sensi dell'art. 84 del Dpr 753/80, l'ordinanza qui impugnata, ingiungendole il pagamento complessivo di Euro 249,70;

la Paganelli ricorre contro l'ordinanza, allegando l'abbonamento mensile per la tratta Milano - La Spezia del costo pari a Euro 122,00, la carta annuale "tutto treno Liguria" di Euro 150,00, lamentando l'ingiustizia del trattamento riservatole per essersi semplicemente dimenticata di portare con sé il tagliando;

all'udienza odierna, presenti i difensori delle parti, il ricorso veniva deciso mediante lettura del dispositivo.

Osserva:

Il ricorso va accolto.

La disposizione richiamata dalla difesa di Trenitalia, e che l'ordinanza assume violata, è l'art. 23 del DPR n. 753/1980 "Nuove norme in materia di polizia, sicurezza e regolarità dell'esercizio delle ferrovie e d'altri servizi di trasporto", laddove, al primo comma, stabilisce: "i viaggiatori devono prendere posto nei treni o veicoli già muniti di regolare biglietto o altro valido titolo di viaggio..."; a sua volta il comma 3 di detta disposizione prevede che, in caso di mancata regolarizzazione, vadano applicate determinate sanzioni; la normativa va integrata con le disposizioni relative alle "Condizioni e tariffe per il trasporto delle persone sulle Ferrovie dello Stato", oggi Trenitalia S.p.a., che sono pubblicate e rese disponibili alla clientela mediante esposizione negli atri delle stazioni ferroviarie, nonché sul sito www.trenitalia.com; in particolare, l'art. 5 par. 1 di dette condizioni recita: "...per essere ammesso al trasporto il viaggiatore deve essere in possesso di biglietto valido per il treno ed il servizio

che intende utilizzare..."; a sua volta, l'art. 9 par. 6, stabilisce che "il viaggiatore che in corso di viaggio o all'arrivo risulta sprovvisto dei titoli di viaggio richiesti o esibisce gli stessi scaduti di validità è assoggettato al pagamento del prezzo intero dovuto più una soprattassa di Euro 200,00".

Alla luce di quanto sopra, il titolare di abbonamento che non è in grado di esibirlo al personale addetto al controllo, viene considerato allo stesso modo di chi sale sul treno senza pagare il biglietto; detto trattamento consiste nel fatto che se il viaggiatore si rifiuta di corrispondere il prezzo del biglietto e la soprattassa di Euro 50,00, come ha fatto la ricorrente, gli viene comminata una sanzione di Euro 200,00; la disparità di trattamento è nelle cose e non vi è bisogno di sottolineare ulteriormente come l'abbonato, a differenza di chi abbonato non è, abbia già adempiuto al pagamento del corrispettivo del contratto di trasporto.

Se si rimanesse nell'ambito di un rapporto puramente privatistico, regolato, in questo caso, dal Codice del consumo, le condizioni di contratto sarebbero da considerarsi vessatorie sia perché finirebbero per imporre il pagamento di una penale dall'importo manifestamente eccessivo, sia perché limiterebbero la facoltà di addurre prove da parte del consumatore, considerato che il titolo di viaggio è un semplice documento di legittimazione (cfr. art. 33 lett. f e t, D.lvo 6.9.2005 n. 206).

Tuttavia, come si è visto, la mancata osservanza di obblighi o divieti in ambito ferroviario ha, per l'interesse pubblico sotteso a questo tipo di trasporto, una rilevanza che trascende i limiti del diritto privato e assurge a livello pubblicistico, con conseguente potere sanzionatorio attribuito agli organi amministrativi in base al citato art. 23 del DPR 753/80.

Questo potere non sembra trovare fondamento su disposizioni che rispettino il canone della ragionevolezza e il principio di uguaglianza.

Invero, per gli abbonati distratti basterebbe prevedere una sanzione, anche pari al doppio del costo dell'abbonamento, ma da scontare unicamente qualora fosse disatteso l'invito di esibire il titolo entro un certo tempo dall'accertamento della violazione; senza dover fare appello alla fantascienza e senza pretendere che il titolare venga esonerato dall'obbligo di portare con sé il tagliando, si consideri inoltre che l'abbonamento è nominativo e che la moderna tecnologia potrebbe consentire in pochi minuti di effettuare direttamente dal treno, via internet, un accertamento presso una banca dati in cui siano inseriti, ad esempio, i codici fiscali di ciascun abbonato.

Il caso di specie rappresenta, pertanto, non solo un lampante esempio di come allo sviluppo della tecnica non corrisponde un'evoluzione normativa, ma anche la difficoltà di adattare le norme a criteri e principi di buon senso, così finendo per vessare inutilmente il viaggiatore abituale per una semplice dimenticanza (si consideri che, nel caso di specie, la sanzione inflitta corrisponde al costo di due abbonamenti mensili).

Al riguardo, la difesa di Trenitalia Spa, ha essa stessa riferito in comparsa di costituzione che, fino al 2009, per i possessori di abbonamento era prevista una deroga; a questi passeggeri, infatti, veniva concesso di pagare, a bordo del treno, il solo biglietto ed ottenere l'esonero della soprattassa presentando l'abbonamento entro tre giorni dalla contestazione; questa deroga, tuttavia, è stata inspiegabilmente abolita con circolare operativa n. 18851 del 15.05.2009.

Preso atto di ciò, e riconosciuto al controllore di aver svolto con diligenza il suo operato applicando le disposizioni che da pochi mesi avevano ripreso vigore, si ritiene che la sanzione possa essere annullata, ravvisando nella condotta della ri-

corrente (quella di essere salita a bordo senza aver controllato di avere con sé l'abbonamento) un errore sul fatto non determinato da colpa.

Questo principio, applicabile anche in ambito di illecito amministrativo in forza dell'art. 3 della Legge 24.11.1981, n. 689, sembra calzante nella fattispecie in esame e viene persino esteso, qualora il soggetto agente fornisca elementi positivi idonei ad ingenerare il convincimento della liceità del suo operato, a scusare situazioni di ignoranza del precetto, sempre che non siano superabili con l'ordinaria diligenza (cfr. Cass. 12.5.2006, n. 11012; Cass. 19.5.2000, n. 536; Cass. 2.2.1996, n. 911).

Nella specie, è provato che la ricorrente sia salita sul treno senza accorgersi che aveva lasciato a casa l'abbonamento (situazione del resto che può capitare, semplicemente cambiando la borsa o la giacca) in quanto della mancanza del tagliando si è accorta solo al momento del controllo.

Ora, chi è titolare di abbonamento difficilmente può immaginare che la sua dimenticanza possa essere considerata alla stessa stregua di chi dolosamente salga sul treno senza pagare e per ciò è portato ad attenuare naturalmente il livello di attenzione sul materiale possesso del documento.

L'abbonato, inoltre, ha sempre buone ragioni per ritenere che la mancata esibizione dell'abbonamento, anche e soprattutto perché nominativo e quindi incredibile, non abbia conseguenze di nessun tipo: né sotto il profilo della sicurezza del trasporto, in quanto il soggetto che dichiara di essere titolare di abbonamento ben può essere identificato a bordo treno mediante un documento di identità; né dal punto di vista del rapporto contrattuale, essendo consapevole di aver già adempiuto alla sua obbligazione.

Inoltre l'abbonamento posseduto dall'odierna ricorrente, a differenza del biglietto ordinario e di altri tipi di abbonamento (che devono essere convalidati secondo le indicazioni riportate sul retro), poiché riporta stampato il periodo di validità, non va timbrato nelle obliterate prima di salire sul treno, e ai binari di tutte le stazioni, compresa quella di Milano, da dove la ricorrente è partita, si accede liberamente senza dover passare attraverso tornelli o barriere che si aprono con l'inserimento del tagliando.

Circostanze, tutte queste, che muovono a maggiore comprensione per un errore o una dimenticanza, come già visto, sotto più profili, del tutto irrilevante e priva di conseguenze dannose o pericolose.

Infine, quanto alla normativa richiamata in apertura, va considerato che proprio l'evidente ingiustizia che la caratterizza non solo finisce per rendere scusabile l'errore (nel senso che abnorme non è la condotta omissiva, ma la legge che la punisce), ma legittima interpretazioni orientate ad evitare trattamenti irragionevolmente sperequativi e del tutto irrazionali.

Al riguardo va osservato che sia le disposizioni di legge che le condizioni contrattuali non si esprimono in modo chiaro, semplice e comprensibile dalla generalità degli utenti, dando l'impressione di essere state pensate per punire (e qui certamente a ragione) soprattutto chi omette di pagare il servizio e pretende, per una ragione o per l'altra, di viaggiare gratis.

Sotto questo profilo va considerato che, mentre si parla di "biglietto" (parola a tutti facilmente comprensibile) mai si accenna all'abbonamento, se non tramite la locuzione tecnica di "altro titolo di viaggio".

Proprio perché detta equiparazione, per le conseguenze sanzionatorie che comporta, presta il fianco alle critiche sopra esposte, mentre si ha ragione di pretendere una più precisa e drastica presa di posizione non solo in termini di tecnica

legislativa, ma anche, più in generale, di mirata informazione (basterebbe, ad esempio precisarlo su retro del tagliando), si hanno motivi per non richiedere all'abbonato uno sforzo di diligenza superiore a quello che la ragionevolezza della situazione nel suo complesso sembra suggerire.

Infine, non si può neppure dimenticare che nel caso di specie, la violazione è stata accertata il 30.10.2009, ovvero poco tempo dopo che la circolare operativa del maggio 2009 abolisse la deroga prevista per gli abbonati.

Alla luce di tutto quanto sopra considerato, la condotta della ricorrente appare scusabile ai sensi dell'art. 3 L. 689/81.

I motivi che conducono all'annullamento dell'ordinanza e la particolarità della fattispecie suggeriscono di disporre l'integrale compensazione delle spese.

P.Q.M.

Visto l'art. 23 l. 689/81;

accoglie il ricorso e annulla il provvedimento opposto; compensa le spese.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ. 5 gennaio 2011, Pres. Maglione - Est. Vidali - S.B. (Avv.ti Alpa e Dasio) c. A.G. (Avv.ti A. Ferraro e Ricca).

SERVITÙ prediali - opere sul fondo servente necessarie per conservare la servitù - prospettata esecuzione da parte di uno dei titolari - onere di ripartizione delle spese - condanna degli altri, e del titolare del fondo servente, al concorso - ammissibilità.

(Riforma Tribunale di Sanremo 7.6.2004 n. 406)
(Art. 1069 comma 3 c.c.)

In tema di servitù, qualora uno dei titolari del diritto ritenga di eseguire le opere di cui al primo comma dell'art. 1069 c.c., può chiedere di veder accertato il suo diritto al rimborso tanto nei confronti del proprietario del fondo servente, quanto nei confronti degli altri eventuali titolari dei fondi dominanti, e ciò in proporzione dei rispettivi vantaggi. (1)

Svolgimento del processo e motivi della decisione

Va anzitutto rammentato che sulla controversia, e principalmente sulle questioni preliminari comprese nel gravame, questa Corte si è già espressa compiutamente con la decisione del 27-1-2010, mentre per la parte residuata, inerente il merito, la causa è stata rimessa in istruttoria al fine di svolgere, come avvenuto, apposita ctu.

Ciò rammentato, resta perciò da definire, alla luce di tutti gli elementi così acquisiti, il principale merito del giudizio, e cioè, in particolare, la domanda di cui al punto n.6, corrispondente al secondo motivo di gravame, cui è connessa la domanda ai punti 2 e 3 in tema di quella collaborazione contemplata dalla disciplina di cui all'art. 1069 c.c..

Occorre quindi in primis verificare quale sia il presupposto giuridico su cui poggia l'applicazione dei parametri liquidatori sottesi a tale domanda.

Va rilevato, allora, anzitutto, che nessun accenno meritano sul punto gli aspetti fattuali della controversia, del tutto pacifici ed incontestati, mentre appaiono preponderanti ed assorbenti in causa gli aspetti interpretativi della fattispecie devoluta, relativi alla possibilità di estendere ai titolari di distinti diritti di servitù, ed al proprietario del fondo servente stesso, in qualità di suo fruitore, gli oneri manutentivi, in-

tesi come l'obbligo previsto di "fare le opere necessarie per la conservazione della servitù", di cui al primo comma dell'art. 1069 c.c..

Sostiene in particolare l'appellante che, nel caso in cui il proprietario del fondo servente continui a far uso lui stesso della strada su cui grava una servitù volontaria di passaggio, la fonte dell'obbligo di collaborare all'esecuzione di opere da eseguirsi sul un fondo servente, e di contribuire pro quota al loro finanziamento, dovrà farsi derivare dai principi generali in tema di obbligazioni.

Quale utente del passaggio, il proprietario del fondo servente si troverebbe, infatti, in una posizione assimilabile a quella degli altri utenti della strada, e come tale non gli si potrebbe riconoscere alcun particolare privilegio, quale quello di far eseguire dagli altri titolari del fondo dominante le opere necessarie alla sua conservazione, salvo successivo parziale rimborso.

Una volta, invero, che la strada venga a deteriorarsi per effetto dell'uso indiscriminato da parte di tutti i proprietari dei fondi dominanti ed anche di quello servente, tutti tali soggetti dovranno essere tenuti, sempre secondo l'appellante, alla stregua dei principi della comunione e dell'uso comune, ai necessari oneri manutentivi.

Diversamente, si creerebbe una obbligazione del tutto atipica ed anticipatoria, posta a carico di soggetti favoriti, anzi arricchiti, rispetto ad altri, cui sarebbero comunque riconducibili analoghi oneri riparatori.

A tale interpretazione l'appellante ricollega poi l'assunto inerente la qualificazione del rapporto esistente tra i titolari di più fondi dominanti in relazione al comune fondo servente, per il quale, appunto, non potendosi trascurare il rilievo per cui dette servitù gravano tutte sullo stesso fondo, sarebbe decisivo il fatto che il passaggio viene esercitato con analoghe modalità da parte di più soggetti, in modo tale da rendere la strada di uso comune.

Ribadisce invero l'appellante che la fattispecie sia da inquadrarsi nell'ipotesi di utilizzo di una strada secondo diritto da parte di più co-utenti, il che implicherebbe l'applicazione in via estensiva della disciplina della comunione, in particolare della comunione di godimento.

Ciò in tesi.

Deve in merito anzitutto rammentarsi che il diritto di servitù frequentemente importa un contenuto ben più dilatato, sul piano operativo e dell'attualità della portata, rispetto allo stesso diritto di proprietà, comportando un uso pieno e fattivo della cosa stessa.

Proprio nel caso del diritto di passaggio su di una strada, poi, la portata riconoscibile alla servitù è tale da "consumare" esaustivamente il contenuto stesso del diritto di proprietà. Il passaggio non può che esaurire, infatti, in sé, l'utilizzo che del bene solitamente viene fatto, del tutto coincidente con l'uso che di esso compie lo stesso proprietario, titolare del fondo servente, a questa stregua effettivamente qualificabile anch'esso come utente, alla pari degli altri titolari della servitù di passaggio medesima.

In questo particolare caso, dunque, l'uso dei titolari del fondo dominante per nulla si distingue da quello al pari fattone dal titolare del fondo servente.

Se ne deve dedurre che, mentre, di frequente, sul piano dell'efficacia, il diritto di servitù gode di un contenuto più ampio ed effettivo rispetto allo stesso diritto di proprietà, in questo caso specifico la discrasia con la posizione del proprietario sia solo apparente, ed il contenuto dei diritti coin-

cida, in quanto lo stesso proprietario usa a sua volta e nello stesso modo, rispetto al titolare del diritto di passaggio, del transito sulla medesima strada.

Tale rilievo deve allora implicare, in via fattuale, la necessaria declinazione di principi di equità sostanziale e bilanciamento degli interessi complessivi, quelli, cioè, previsti dalla norma che disciplina le modalità di conservazione della cosa utilizzata.

La preponderante effettività del diritto appare, invero, nel caso, riconducibile al titolare della servitù di passaggio, ma in ugual modo anche al proprietario ed a tutti gli altri titolari di servitù di analoga portata, ed impone pertanto che la maggiore gravosità sia regolata da adeguati meccanismi di compensazione economica.

È dunque sul piano del diritto positivo e del contenuto dei diritti medesimi che deve fondarsi la ricostruzione della fattispecie in oggetto.

Ricorrendo quindi, sul piano del contenuto sostanziale del diritto, una portata analoga delle reciproche posizioni, anche la disciplina da reputarsi applicabile al caso, non specificamente contemplato dall'ordinamento, non potrà che risultare paritaria.

Se i titolari di servitù di passaggio sono più d'uno, dovrà perciò ritenersi che tutti siano tenuti al diretto e fattivo mantenimento del bene ex art. 1069 c.c., così come non potrà che esservi tenuto il medesimo titolare del fondo servente, che di tale fondo compia l'identico uso effettuato dal titolare del fondo dominante.

Va infatti ricordato in merito che la stessa S.C. ha spiegato in via generale che (Cass. n. 11684/2000): *"L'articolo 1027 cod. civ. disciplina la categoria generale delle servitù, non le singole servitù - che se costituite volontariamente sono aperte nel contenuto concreto e nella denominazione - stabilendo la funzione del diritto di servitù, che caratterizza il rapporto, e che consiste nel peso imposto su un immobile per l'utilità di un altro immobile, costituendo per l'effetto un rapporto tra i rispettivi proprietari. Invece l'onere reale è una qualità giuridica dell'immobile e da esso inseparabile, con l'effetto di obbligare il proprietario, in quanto tale, ad eseguire prestazioni positive e periodiche, di dare o facere, a favore del proprietario di altro immobile o di altro soggetto. Infine "l'obligatio propter rem" è un legame indissolubile tra l'obbligazione e la cosa, e la sua funzione causale giustifica l'individuazione del soggetto obbligato nel titolare del diritto reale sulla res"*.

Si è così riconosciuta così quella "apertura di contenuto" che può soccorrere nella fattispecie.

Va d'altronde ancora ricordato il principio per cui *servitus in faciendo consistere nequit*, da cui può farsi derivare che l'obbligo del proprietario di manutenzione del fondo, quale obbligazione accessoria, si possa configurare come un'obbligazione propter rem, compatibile con la servitù, ai sensi dell'ultima parte dell'art. 1030 cod. civ., proprio per la conservazione dello stato di fatto che consente di mantenerla.

Purtuttavia, e tenuti fermi tali principi, non va dimenticato che il proprietario, titolare del fondo servente, in quanto tale, secondo la disciplina specificamente adottata, non dovrebbe affrontare il peso di opere manutentive. Ciò proprio perché l'uso assorbente, l'utilizzo preponderante, tale da consumare il bene e puntualmente appropriarsene, più di quanto possa farne il semplice titolare, ha principalmente ispirato la disciplina di cui all'art. 1069 c.c..

Tant'è che la legge fissa così i criteri connessi alla diversa utilità ricavata, presupposto di fatto sotteso alla norma: solo ove le opere resesi necessarie per il proprietario del fondo

dominante arrechino vantaggio anche a quello del fondo servente si pone un onere di compartecipazione alle spese.

Non resta quindi che applicare questo principio in via estensiva. È la norma stessa, infatti, che individua il giovamento al fondo servente come ipotesi residuale e criterio dirimente, che consente, solo a tali fini, di collocare il proprietario nella stessa posizione del titolare della servitù, coinvolto nell'onere di "fare le opere necessarie" per la conservazione della servitù, di cui al primo comma.

Il criterio della diversa distribuzione degli oneri segue, perciò, il particolare giovamento in concreto, non già l'utilizzo in generale che della servitù venga fatto.

È previsto infatti che ciò accada quando le opere *giovino* al fondo servente, e ciò non potrà che valere anche nel caso in cui sia il proprietario a giovare anch'esso della servitù.

D'altronde, la lettera della legge è del tutto chiara nella sua lineare formulazione.

Attraverso la particella avversativa, infatti, si è introdotta un'ipotesi di distribuzione delle spese differente rispetto alla regola generale di cui ai primi due commi.

Solo nel caso di giovamento diffuso, dunque, la contribuzione sarà proporzionale all'uso, e ciò secondo un rigoroso onere probatorio.

La stessa Suprema Corte ha, d'altronde, in questo senso ritenuto, fin da epoca risalente (Cass. n.2637/1975) che *"L'art. 1069 cod. civ. il quale stabilisce che, nel caso in cui le opere necessarie alla conservazione della servitù, eseguite dal proprietario del fondo dominante sul fondo servente, giovano anche a quest'ultimo, le relative spese debbono essere sostenute da entrambi i soggetti del rapporto giuridico di servitù in proporzione dei rispettivi vantaggi, non costituisce una norma eccezionale, ma, al contrario, rappresenta l'applicazione di un più generale principio di equità genericamente ispirato all'esigenza di evitare indebiti arricchimenti. Pertanto, tale norma è applicabile anche nel caso, da essa non specificamente contemplato, in cui sia stato il proprietario del fondo servente ad eseguire su quest'ultimo, sia pure nel proprio interesse, opere necessarie alla conservazione della servitù"*, ed ancora (Cass. 949/1982) *"In base all'art. 1069, comma secondo e terzo cod. civ., ove il proprietario del fondo servente abbia eseguito su quest'ultimo - sia pure nel proprio interesse - opere necessarie alla conservazione della servitù, le relative spese debbono essere sostenute dai soggetti interessati, e cioè dal proprietario del fondo dominante e da quello del fondo servente, in proporzione ai rispettivi vantaggi. (Conf. 2627/75, mass n. 376600)"*.

Quanto, poi, alla ricostruzione per cui ci si troverebbe di fronte, nel caso, ad una vera e propria forma di comunione, la cui disciplina si è invocata, va rilevato che i diversi soggetti sono titolari, in realtà, di distinti diritti di servitù, del tutto autonomi nella portata, pur se, in fatto, concorrenti tra loro.

La caratterizzazione della servitù è tale da valorizzare le potenzialità del bene in via esclusiva, restando del tutto indifferente un profilo di vera e propria appartenenza comune del bene asservito.

Non una comunione, dunque, in via analogica, ex artt. 1123-1126-1126 c.c., ma un regime comune di gestione delle spese, parametrato al solo godimento effettivo, principio che regola l'ambito dei diritti di servitù.

Ritiene perciò questa Corte che possa ammettersi, attraverso una ragionevole interpretazione estensiva degli obblighi riconducibili al proprietario del fondo dominante, che i soggetti qui coinvolti siano tutti obbligati alla manutenzione ex primo comma dell'art. 1069 c.c..

Va inoltre ritenuto che la previsione della "attiva collabora-

zione" sottesa alla norma, non possa, di per sé, riferirsi ad un facere specifico, ma, in ogni caso, involgere un onere diretto a sopportare ed affrontare le spese, e non soltanto il diritto ad un mero rimborso, che corrisponderebbe, invece, ad un indiretto onere creditorio.

Il rispetto del tenore letterale dell'art. 1069 c. 3 c.c. non impone invero, necessariamente, l'obbligo dell'esecuzione materiale, bensì, certamente, il correlativo obbligo, ricompreso implicitamente, del sostenimento diretto delle spese manutentive.

La regola introdotta dall'ultimo comma dell'art. 1069 c.c. può dunque ritenersi introdurre, invero, un onere di collaborazione e di partecipazione in punto spese, se pur in via proporzionale, tale da rendere attuale la valutazione della necessità di mantenimento, non relegabile ad un semplice apprezzamento e regolamento ex post.

Ciò consente di individuare, in ossequio a generali principi di equità, una fattispecie atipica, non direttamente disciplinata dal legislatore, che implica una forma di partecipazione collettiva all'attività di conservazione della servitù, di cui tutti i soggetti si giovano.

Si badi, peraltro, che proprio la ritenuta impossibile assimilazione della fattispecie alla comunione non potrà importare, cosa che essa invece implicherebbe, l'obbligo di compartecipazione all'esecuzione di lavori corrispondenti al rifacimento dalla strada a regola d'arte.

La suesposta ricostruzione implica infatti la diretta partecipazione ai lavori insiti nella conservazione del mero stato di fatto che consente di mantenere la servitù, e dunque soltanto un obbligo di eseguire i lavori di ordinaria manutenzione, quelli, cioè, strettamente indispensabili ad un corretto uso della stessa. La statuizione deve ritenersi infatti ricompresa in quella di più ampia portata, corrispondente all'integrale rifacimento, richiesta da parte appellante.

In questo senso va accolto il gravame e va condannato il proprietario del fondo servente, conformemente alle conclusioni dell'appellante, a sopportare le spese di ordinaria manutenzione della strada interponderale insistente sul fondo di sua proprietà, in proporzione al vantaggio allo stesso derivante, proporzione per la cui determinazione soccorre la ctu arch. Viale del 19-6-2010 (in particolare tabella a pag. 16).

Si era infatti, in particolare, sottoposto al ctu il quesito inerente l'accertamento, secondo criteri di fatto, degli oneri contributivi individuabili a carico di ciascun titolare del diritto di passaggio sulla strada controversa, da stabilirsi sulla base di precisi parametri, quali l'utilità tratta da ciascun fondo che vi si affaccia, la collocazione, la destinazione e le caratteristiche intrinseche di ciascuno di essi.

Il ctu ha in merito anzitutto evidenziato che la strada in oggetto risulta da tempo non sottoposta ad interventi di manutenzione. Il manto ha perso la propria capacità strutturale, la pavimentazione tende progressivamente a deteriorarsi per effetto della penetrazione dell'acqua negli strati sottostanti, con conseguente formazioni di buche e rapido deterioramento della sede stradale per effetto dei carichi di transito. Ha concluso pertanto che la strada si presenta in condizioni scadenti, soprattutto per quanto riguarda la pavimentazione, che presenta cunette, gobbe, fessure trasversali e longitudinali, discontinuità, affioramento dei ferri di armatura.

Il ctu ha poi elencato tutte le opere necessarie alla buona conservazione della strada, quali il rifacimento della pavimentazione e la realizzazione di cunette per convogliamento delle acque superficiali, da realizzarsi ai bordi della carreggiata, implicanti diverse operazioni quali scarificazione, for-

mazione di sottofondo, inserimento di reti di acciaio elettrosaldate, formazione di diversi strati di bitume ovvero un massetto in conglomerato cementizio, con rullo di materiale inerte.

Per stabilire quale fosse l'utilità che da tali opere potesse trarre ciascun fondo che fruisce della strada il ctu ha individuato la qualità e le caratteristiche di detti fondi, determinando le superfici lorde abitabili dei fabbricati serviti dalla strada, la natura degli altri manufatti che vi si affacciano, la superficie delle diverse particelle agricole, provvedendo quindi a redigere una tabella di riparto.

Sempre il ctu ha infine tenuto conto della destinazione, agricola o urbana di ciascun fondo, delle caratteristiche di ciascuna proprietà, della lunghezza della percorrenza, nonché della percentuale di utilità della strada per ciascuno.

All'esito, il ctu ha individuato le rispettive percentuali ascrivibili a tutti i fruitori, ed in particolare per i fondi di A. P., in oggi alienati a Lumia Angelo, complessivamente, ha stabilito quella del 10,535%.

L'espletata ctu appare dettagliata, svolta con metodo appropriato e condivisibile, adeguatamente argomentata: essa ha raggiunto conclusioni persuasive.

Non resta a questa Corte, pertanto, che uniformarsi ai risultati raggiunti attraverso questa specifica analisi.

La condanna richiesta andrà dunque pronunciata nell'ambito della percentuale così individuata.

A nulla rileva, poi, che non tutti i titolari della servitù di passaggio abbiano partecipato al presente giudizio, in quanto in questa sede ben può pronunciarsi la percentuale dell'onere di sostegno delle spese per ciascuno dei soggetti coinvolti, mentre le restanti percentuali dei soggetti non chiamati potrà essere fatta valere per altre vie, ovvero separatamente. Quanto, infine, al risarcimento dei danni per i disagi fatti valere dall'appellante, dirimente appare il profilo del difetto di adeguata allegazione probatoria, onde la relativa pretesa andrà respinta.

La novità e complessità di taluni aspetti della controversia induce all'integrale compensazione delle spese di lite del presente grado.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando:

- in accoglimento dell'appello accerta che il signor P. A., in qualità di proprietario del fondo servente gravato dalla servitù di passo in favore dell'odierno appellante, è obbligato ex art. 1069, c.5, c.c. a partecipare alle spese necessarie di conservazione della servitù, con i proprietari del fondo dominante in proporzione dei rispettivi vantaggi;

- per l'effetto, anche ai sensi dell'art.1069, comma terzo, c.c. condanna P. A., a sopportare le spese di ordinaria manutenzione della strada interponderale insistente sul fondo di sua proprietà, in proporzione al vantaggio allo stesso derivante, nella misura percentuale di cui alla tabella della ctu arch. Viale del 19-6-2010 pag. 16.

(1) Passi tu, che passo anch'io e nessuno paga. Sandrino Battaglia ne discute con l'avvocato Romolo Causa.

Per dire qualcosa di nuovo in materia di servitù prediali occorre fare appello alla fantasia e all'immaginazione. Alle volte lo spunto proviene dalla particolarità del caso, dalle tesi difensive, ma certamente il giudice deve metterci del suo. Questo è un po' quello che è avvenuto con la sentenza in rassegna ed è quello che ci vorrà per cercare di spiegarla, o meglio, tradurla,

nelle parti salienti, in un altro genere letterario: un immaginario dialogo tra alcune delle parti in causa che, a forza di confrontarsi, giungono alle stesse conclusioni della corte, componendo il conflitto ed evitando una lite.

Perché ci vuole fervida inventiva in *subiecta materia*? Semplice. La disciplina contenuta nel codice del 1942, riflesso di un'economia rurale che comincia a fare i conti con le esigenze dell'industria, è quasi perfetta e poco risente del trascorrere del tempo, dei mutamenti sociali e dei progressi della tecnica. Rimanda, di suo, ad immagini semplici, quasi idilliache: un viottolo che si perde nel verde di un prato, una chiusa che si appoggia alle sponde di un fiume, una gomena di vie funicolari che passa tra gli alberi della vallata, un canale che conduce acqua a fondi coltivati. Ma è regolata in modo assai minuzioso, articolo dopo articolo (da 1027 a 1099 c.c., non sono pochi), comma dopo comma, in un continuo bilanciamento tra interessi privati e interessi generali, tra libertà e coazione, tra autonomia e tipicità, sempre alla ricerca di punti di equilibrio, armonie e proporzioni, vie di mezzo di aristotelica memoria ed intramontabili formule latine. A dimostrazione di come tale disciplina sappia resistere nonostante il decorso del tempo, si consideri, ad esempio, che la corte costituzionale è intervenuta solo una volta, per "allargare" la portata dell'art. 1052 c.c. in favore di chi ha gravi difficoltà di deambulazione.

Le esigenze che stanno alla base di questo ordinato sistema sono riconducibili a elementi naturali come l'acqua, bene insostituibile, essenziale per la vita e le colture, o la stessa libertà fondamentale dell'uomo di spostarsi, di muoversi e circolare sulla faccia della terra. E così, in relazione a queste due primarie esigenze, si attribuisce al soggetto titolare del fondo (ad esempio, al proprietario dell'edificio mancante dell'acqua necessaria per l'alimentazione o al proprietario di quello intercluso) il diritto potestativo *ad servitutem habendam*... (servitù di somministrazione coattiva di acqua, nel primo caso e servitù di passaggio coattivo, nel secondo), e cioè la massima tutela che l'ordinamento è capace di apprestare, dove l'esercizio del diritto coincide con la sua realizzazione. Viceversa, laddove tali esigenze non sono così pressanti, viene dato spazio alla massima autonomia e tutto, o quasi, diventa regola dispositiva; ma anche qui, seppure gli interessati possano riempire dei più svariati contenuti uno schema generalissimo, si troveranno pur sempre all'interno di un sistema di pesi e contrappesi, tutto intento ad evitare incomodi e aggravii anche mediante l'attribuzione di indennità, calmierate agli svantaggi o l'imposizione di contribuzioni, proporzionate ai vantaggi, prevenendo così, per quanto possibile e nel silenzio del titolo, indebiti arricchimenti.

Si consideri, del resto, come, persino dal punto di vista lessicale, dall'art. 1027 c.c., il soggetto del rapporto tenda a dileguarsi, sfuggendo dalla definizione del contenuto del diritto di servitù, laddove invece, campeggia, incontrastato, nella proprietà e nella superficie (832 e 952 c.c.), nell'usufrutto (981 c.c.) o anche nell'uso (1021 c.c.) e nell'abitazione (1022 c.c.). Nell'art. 1027 c.c., non si fa menzione di alcuno (non c'è il proprietario, l'usufruttuario, etc.) se non in chiusura di disposizione, dove compare, finalmente, il "diverso proprietario" titolare del diritto. Un po' come a mettere in guardia l'interprete e suggerirgli una chiave di lettura per tutte le disposizioni a seguire: se vuoi comprendere appieno il significato che dietro ognuna di esse si nasconde, concentra la tua attenzione non tanto sul soggetto, non tanto sul rapporto giuridico, quanto piuttosto sulla relazione tra fondi caratterizzata da un "peso" che ne schiaccia uno (il *servente*) per l'"utilità" di un altro (detto, appunto, *dominante*).

Ben venga quindi la sentenza della corte genovese, che ci invita

a riflettere su uno specchio di tanto vasta, quanto affascinante materia. Questa volta, il riferimento normativo è l'art. 1069 c.c. che, nell'ambito del capo V dedicato all'esercizio delle servitù, concerne le opere eseguite sul fondo servente necessarie per conservarne il diritto. In tre commi, vengono dette tre cose differenti: a) che le opere possono essere fatte dal proprietario del fondo dominante, purché non rechi eccessivo disturbo al proprietario del fondo servente; b) che il titolare della servitù deve farle a proprie spese, a meno che non abbia stretto accordi diversi; c) che però, qualora le opere giovino anche al fondo servente, il proprietario deve dare un contributo proporzionato al vantaggio. Tutto qui.

Proviamo quindi a ricostruire la fattispecie. Per fare ciò è sufficiente che ci spostiamo, armati della giusta dose di curiosità, su quella parte della motivazione che dovrebbe, seppur in modo conciso, esporre i fatti rilevanti della causa.

Prima della riforma del 2009, questa parte era di solito intitolata "svolgimento del processo". Molte sentenze conservano ancora questa dicitura, ormai del tutto inutile e fuorviante, in particolare se la fattispecie venga poi lasciata emergere qua e là dall'esposizione (che deve essere concisa) delle sole ragioni di diritto della decisione (cfr. art. 132 c.p.c. e 119 disp. att. c.p.c.).

Intento del legislatore era quello di snellire il testo ed evitare di perdere tempo prezioso: inutile inserire nella sentenza cose già contenute negli atti processuali e facilmente ricostruibili avendo sottomano il fascicolo. Tuttavia, la riforma, su questo punto, ha finito per dare ansa ad una prassi foriera di un inconveniente non certo trascurabile: l'elisione del caso concreto e la conseguente perdita di quei dettagli così importanti non solo per comprendere l'argomentazione giuridica, ma anche per attribuire alla pronuncia, con quella doverosa e ragionevole certezza, il valore di precedente. L'ottimo? Un po' dell'uno, il fatto, un po' dell'altro, il diritto, evitando lungaggini e, soprattutto, sbilanciamenti, tanto da una parte, quanto dall'altra. Equilibrio e sobrietà, in altre parole, non dovrebbero mai essere persi di mira da chi cerca di spiegare un ragionamento, un'interpretazione, un asserto giuridico.

Il discorso sarebbe lungo e ci porterebbe fuori via, ma val la pena ricordare come i destinatari della sentenza, oltre le parti, i loro difensori o, eventualmente, il giudice (in questo caso) di legittimità, possono essere anche coloro che, per interesse e scopo divulgativo... a volte anche, come si dice, scientifico, ne devono prendere contezza, considerata l'originalità del pensiero, la tesi giuridica sottesa, la novità dell'interpretazione. Ma soprattutto non va trascurato che la sentenza, mediante il deposito in cancelleria, viene resa pubblica, e pertanto, oltre ad essere pronunciata nel nome del popolo italiano è ad esso rivolta: interessa la (e alla) collettività, essendo potenzialmente destinata a tutti i cittadini. Sarebbe quindi preferibile che un atto pubblico di questo tipo, in un modo o nell'altro chiamato a circolare (anche sul web), non fosse autoreferenziale nella descrizione della fattispecie.

Nel nostro caso, la corte taglia, e taglia corto: "nessun accenno meritano sul punto gli aspetti fattuali della controversia, del tutto pacifici e incontestati". Fortunatamente, l'elusione/elisione non crea in questo caso grossi problemi; occorre però leggere il testo per intero e rileggerlo ancora onde poter delineare la cornice entro la quale incastonare i nostri personaggi, cui attribuiremo un nome di fantasia seguendo, per quanto possibile, le abbreviazioni indicate nel testo. Ciò consentirà di dare un volto e un'anima alle parti processuali che, in nome della c.d. privacy, vengono ora immancabilmente troncati come se fosse peccato citare qualcuno in giudizio per far valere le proprie ragioni, oppure resistergli, opponendo delle argomentazioni fondate sulla ragione ed il buon senso.

Orbene, la corte (almeno questo lo sappiamo) riforma (ma non si sa per quale motivo) una sentenza del tribunale di Sanremo. Siamo quindi nella riviera di ponente, ed è già qualcosa... c'è una strada "interpodereale" come tante ve ne saranno (spesso le vicinali hanno una denominazione tipica, dialettale, in relazione alle località o frazioni che congiungono); la nostra, "da tempo", come si evince dalla descrizione del CTU ripresa in motivazione, non è "sottoposta ad interventi di manutenzione" ovvero, si presenta maltenuta e piena di buche, "cunette, gobbe, fessure trasversali... longitudinali" e chi più ne ha più ne metta. In altre parole, deve essere ricostruita essendosi deteriorata per effetto "dei carichi di transito."

Immaginiamo quindi macchine agricole "a ruote o a cingoli" (art. 57 Cds), nonché, se proprio si vuole restare tra filari e uliveti, anche veicoli "a braccia" (art. 48 Cds) o a "trazione animale" (art. 49 Cds). Chi opta per l'urbanizzazione delle campagne potrà pure pensare a semplici autoveicoli, che percorrono la strada interpodereale alla mattina presto per ripassarvi la sera tardi. Del resto, sempre di "carichi di transito" si tratta. Proviamo quindi a mischiare un po' le carte, e vediamo cosa salta fuori.

Un bel giorno, uno dei titolari della servitù di passo carraio, tal Sandrino Battaglia, che per l'ennesima volta rompe gomma e cerchio finendo in una grossa buca, si rivolge a Piero Astio, proprietario del fondo servente: "Cosa ne diresti se rifacessimo la strada? Visto che anche tu ci passi sopra e la usi, potresti aiutarmi, non ne posso più di andare dal gommista... del resto la strada è pure tua..."

"Ma io ci passo con il trattore, mica con la Panda, cosa vuoi che me ne faccia di quattro buche. Chiedi agli altri che come te vanno avanti e indietro tutti i santi giorni..."

E così Sandrino, piccolo di statura, ma dal cervello fino, al secco e, per certi versi irridente rifiuto, si rivolge a Giorgio Aequo, il gestore di un maneggio di cavalli presente in zona.

"E sì, ultimamente alcuni dei miei clienti si sono lamentati della strada, anzi certi non vengono neppure più; ti aiuterei volentieri, sarebbe anche nel mio interesse, ma per me non è il momento di imbarcarmi in certe spese... di questi tempi poi... Chiedi all'avvocato, quello che sta là, lassù, vedi, dietro quegli alberi, anche lui ci passa, anche lui, insieme ad altri, ha diritto e, soprattutto, non credo che abbia o si faccia problemi... magari, ci stesse anche lui e qualcun altro, si potrebbero dividere le spese e forse potrei anche farcela."

Mah, pensa Sandrino Battaglia, tra sé e sé, chissà cosa mi tirerà fuori... l'avvocato Romolo Causa. Domandare è lecito... tentar non nuoce... si fa coraggio e raggiunge il cancello automatico della bella villa con piscina.

"Si accomodi, entri pure, venga, venga, non abbia paura, i miei cani sono buonissimi... sono rientrato un po' prima dal lavoro perché volevo avere più tempo per rilassarmi e godermi questo fresco, questa luce, questo profumo di primavera..."

Lavoro? Si domanda Sandrino, cominciamo bene...

"Beh, guardi, a prescindere da ogni considerazione su... non so se ha visto la mia nuova Jeep Crd... l'unico mio divertimento, che come potrà capire mi costa pure caro, è transitare per questa bellissima strada proprio in quel tratto pieno di buche di proprietà del contadino... come si chiama... Piero, mi sembra; se poi lei intende eseguire delle opere manutentive è libero di farle, anzi vi ha diritto, basta che non disturbi troppo, che scelga il momento più opportuno, e il nostro amico, il proprietario del fondo servente, il contadino per intenderci... anche se per legge, non

lo si può obbligare a... Sa cosa dicevano i romani? Dicevano *servitus in faciendo consistere nequit*... lei però lo potrà pur sempre costringere a contribuire alle spese, qualora i lavori di manutenzione arrechino vantaggio anche alla sua proprietà... si vada a leggere il 1069 è chiarissimo: lei anticipa, e poi chiede di venire rimborsato per una quota che rappresenta il beneficio per il proprietario. Se avesse bisogno, rimango a sua completa disposizione..."

"Sì, grazie, grazie, ma io sono venuto da lei per sapere se...ehm, come dire, per domandarle... se lei ritenga opportuno che..., forse non mi sono spiegato bene. Le rifaccio la domanda: lei che usa quel tratto di strada al pari di Paolo Aeque, quello dei cavalli, allo stesso modo di come lo utilizzo io e come del resto fa il proprietario, non potremmo, insomma, metterci tutti insieme, facciamo un progetto, ci dividiamo le spese, e abbiamo la strada nuova e senza buche. Poi, eventualmente, ci faremo rimborsare una parte, come lei giustamente dice, da Piero Astio."

"Ehi, ehi, carissimo, dove vuoi... pardon, dove vuole arrivare, va bene che non sarò Carnelutti, ma farmi passare per l'ultimo dei... e poi, io cosa c'entro? I lavori di manutenzione necessari per conservare la servitù, come le ho già detto, non mi interessano, anzi ad asfaltare quel pezzo di strada ci rimetto solo in divertimento. Farli è un diritto, mica un dovere! Come pensa lei di propormi di contribuire alle spese di un'opera che io non voglio fare?"

"Mi scusi, avvocato, non volevo certo convincerla, né, tanto meno, offenderla, ma mi sembra naturale che se la strada la usiamo tutti, chi più chi meno, tutti dobbiamo concorrere nelle spese necessarie per i lavori di manutenzione. Del resto, se, come ho ben capito, la legge attribuisce il diritto a noi che abbiamo la servitù di passaggio di fare le opere e nello stesso obbliga il proprietario del fondo servente a contribuire in proporzione al ritorno che da queste gliene deriva, non sarà che se ad eseguirle sia lui, allo stesso modo, proprio lui potrà chiedere a noi, a tutti noi, di concorrere nelle spese?"

"Ma cosa dice, cosa dice, lei inventa! E poi cosa c'entra, qui il caso è rovesciato e l'articolo che le ho appena citato parla solo del proprietario del fondo dominante... non fa il caso inverso..."

"Abbia pazienza, avvocato, è vero, ma io ragiono da uomo della strada, e mi domando che bisogno ci sarebbe di autorizzare Piero Astio a fare delle opere sulla sua proprietà; mi sembra che lo scopo delle legge sia, principalmente, quello di evitare ogni incomodo al proprietario del fondo servente obbligando il titolare della servitù ad attenersi a determinati modi e tempi di esecuzione delle opere; dall'altra quello di evitare che il proprietario del fondo tragga un vantaggio senza tirare fuori un soldo; mi sembra di capire, in altre parole, che l'utilità derivante da tali lavori non riguarda tanto noi, ma le nostre proprietà. Rispetto a ciò, il soggetto che compie le opere diventa, come dire, indifferente: o uno, o l'altro, il risultato non cambia, e, quindi, non vedo ragione perché la regola sulle spese non debba valere anche al contrario, visto che il vantaggio è un fatto oggettivo e interessa tutti quanti. E se vale il contrario, chiunque faccia le opere potrà chiedere il concorso agli altri: se le fa chi è proprietario del fondo chiederà a tutti i titolari della servitù, se le fa uno solo di questi ultimi chiederà ai restanti e al proprietario del fondo, ovviamente in misura proporzionale al vantaggio che tali opere arrecano a ciascuno... Va bene, d'accordo, lei si diverte a fare i rally, ma io ho la Panda e, tra le altre cose, risparmierei un sacco di soldi di gommista. Se lei mi chiedesse un contributo, io non mi sentirei di negarglielo... solo che adesso non mi va di anticipare, anche perché fare tutto da solo costa parecchio... Né lei, del resto, potrebbe opporsi visto che la legge non penso sia fatta per tutelare... il suo modo di divertirsi. Quello che conta, alla fine, è che

la strada rifatta, giova al suo terreno e alla sua bella villa. Pensi un po', del resto, ai clienti ai quali deve rinunciare Paolo Aeque per via delle buche. Quando prima sono passato da lui, non ha battuto ciglio, anzi si è rammaricato di non potermi aiutare nel mio progetto perché si trova un po' in difficoltà, ma ha pure detto che se ci mettessimo tutti insieme..."

"Ci manca ancora che mi venga a dire che la strada è di tutti perché tutti la utilizziamo... ci troveremmo comproprietari di un bene che invece è di un altro... però, a pensarci bene, quello che conta è che la strada ripristinata giovi..., e anche la risposta di Paolo Aeque mi sta facendo sorgere un dubbio, mah, forse ha detto così perché tanto sapeva che non aveva soldi da investire... Aspetti un attimo, telefono in studio, dovrebbe esserci ancora qualcuno... Sì, ha risposto il praticante. Bene, dottore, sono io, senta, veloce, prenda il cd rom della cassazione e digiti, testo libero, digiti subito queste parole: 1069 + opere + servente."

"Ce ne sono diverse, una decina."

"Raffini, affini... veloce, restringa la ricerca."

"E cosa affino, avvocato, non so manco di cosa stiamo parlando!"

"Ma è lei che deve imparare o sono io, s'inventi qualcosa!"

Sandrino, intanto, pensa allo sguardo un po' triste del gestore del maneggio, pensa al suo senso di giustizia; senza sapere di leggi e articoli, avrebbe detto sì, se avesse potuto: in fondo, se tu ripari la strada dove passo e passano i miei clienti anche io traggo vantaggio; era questo il suo pensiero, semplice e lineare.

"Scusi, potrebbe dire al dottore di aggiungere la parola: "equità."

"Equità! ma perché non le è venuta in mente, dottore! Scriva "equità", digiti, digiti, e stia attento all'accento!"

"C'è una sola massima, ma è vecchia, del '75, di una sentenza annotata su più riviste."

"Vecchia? Cosa c'entra se è vecchia! L'importante è che dica una cosa furba! Possibile che devo sempre ripeterle le cose? La stampi e me la mandi subito via fax. E poi vada pure a casa, per oggi basta così. Grazie, grazie, arrivederci."

"Cosa le dicevo, caro Battaglia, ascolti bene, gliela leggo: *L'art. 1069 cod. civ. il quale stabilisce che, nel caso in cui... va bene questo lo sappiamo a memoria, cosa ripetono l'articolo! Andiamo avanti, ecco, ecco: non costituisce una norma eccezionale, ma al contrario rappresenta l'applicazione di un più generale principio di equità genericamente ispirato all'esigenza di evitare indebiti arricchimenti. Pertanto, tale norma è applicabile anche nel caso, da essa non specificamente contemplato, in cui sia stato il proprietario del fondo servente, ha visto, dice servente, cioè Piero Astio, il contadino, quello che passa col trattore! ad eseguire su quest'ultimo, sia pure nel proprio interesse, eh! addirittura, nel proprio interesse..., opere necessarie alla conservazione della servitù. Quello che dicevo, esattamente quello che dicevo, caro Battaglia, l'indebita locupletatio è sempre da evitare perché contraddice al senso di equità e giustizia!*"

"E già..., forse quello che pensava... avvocato, quindi, tornando a bomba, se anche il titolare del fondo dominante è tenuto a contribuire alle spese fatte dal proprietario del fondo servente, logica vuole che, nel caso di più titolari della servitù: lei, Paolo Aeque e io stesso, siamo tutti tenuti in proporzione dei rispettivi vantaggi a contribuire alle spese. Quindi, come le dicevo, è chiaro che nessuna differenza vi sarà se le opere, anziché farle Piero Astio, le faccia il titolare di uno dei fondi dominanti, perché quello che conta è il vantaggio che dalla manutenzione della strada ridonda, non solo in favore del proprietario del fondo servente, ma anche in favore di tutti gli altri."

"Sì, è lo stesso identico principio, carissimo Sandrino."

"Ogni legge è buona, quando il cervello del giudice funziona!"

"Anche questa è una sua invenzione?"

"No, no, questa non è farina del mio sacco. Ha presente quando

Snoopy con la bombetta e la farfallina pensa di fare il famoso avvocato che frema dalla voglia di citare in giudizio il primo che passa, oppure, ancor meglio, quando, in attesa di una decisione della giuria, borsella alla mano, ripassa alla mente tutte le massime che conosce? Questa è una delle tante...”

“Ah, non la sapevo, interessante, divertente... Ma mi dica, adesso... adesso lei... cosa ha intenzione di fare? Non vorrà mica citarmi in giudizio come farebbe *illico et immediate* il famoso braccetto? Non penserà di anticipare una pronuncia di condanna per una spesa che lei deve ancora sopportare?”

“Si potrebbe evitare tutto ciò... Se lei mi assicura una sua compartecipazione, posso ritornare da Paolo Equo e da Piero Astio. A questo punto siamo in quattro e, forse, sarà più facile convincere anche quegli altri che abitano ancora più sopra; in tal caso la spesa diverrebbe davvero abbordabile...”

“Per me va bene, ma bisognerà capire in che misura ciascuno di noi dovrà accollarsi le spese, non tutti utilizzano la servitù con la stessa intensità, alcuni hanno attività agricole su aree molto estese, altri vi dimorano soltanto, altri vi passano con cingolati e trattori... Ci dovremmo fare aiutare da un tecnico... mettere per iscritto l'accordo... per la scrittura ci posso pensare io... cioè il mio studio... Le cause, poi, le faccio per i clienti; da parte mia, se posso, mi guardo bene d'agire o farmi convenire in giudizio...”

La disposizione di cui all'art. 1069 c.c., come prima interpretata dalla cassazione e poi, ora, ulteriormente estesa dalla corte d'appello, va quindi intesa come se fosse integrata da un quarto comma, che potrebbe suonare pressappoco così: qualora le opere di cui al primo comma siano fatte dal proprietario del fondo servente, oppure da uno dei titolari del diritto di servitù, tutti gli altri devono concorrere alle spese, in proporzione dei rispettivi vantaggi.

La corte procede ad una ricostruzione sistematica evidenziando che la disposizione è chiara per quanto riguarda il proprietario del fondo servente, un po' meno per gli altri titolari della servitù, rispetto ai quali, come si è visto, nulla si dice allorché solo uno di essi intenda eseguire le opere.

Quanto al proprietario del fondo servente, infatti, “è pacifico che (...) può continuare” ad utilizzare “per sé” il fondo, “anche nella parte che è soggetta all'onere, con il limite di cui all'art. 1067, comma 2, c.c. In tal caso, se si giova dei lavori... sarà tenuto a contribuire alle spese in proporzione del vantaggio che ne trae...” (Triola, *Le servitù, Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, 2008, Giuffrè, p. 526). Da questo punto di vista è interessante notare come la disposizione del codice attuale estenda la portata di quello del 1865 il quale, al corrispondente comma 2 dell'articolo 641, stabiliva che: “Qualora però l'uso della cosa nella parte soggetta a servitù sia comune fra il proprietario del fondo dominante e quello del fondo servente, le opere suddette saranno fatte in comune, ed in proporzione dei rispettivi vantaggi, salvo che il titolo disponga altrimenti.” Quindi, attualmente, “qualunque sia il vantaggio che il predio servente ricavi dalle opere, c'è l'obbligo nella contribuzione delle spese” (Branca, *Servitù prediali*, Commentario Scialoja-Branca, Zanichelli, 1987, p. 396, che rileva come la cassazione avesse già in allora interpretato estensivamente l'articolo: C. Regno, 21 giugno 1937, Saraceno c. Ente autonomo acquedotto pugliese, in *Foro it.*, Rep. 1937, voce *Servitù*, n. 259).

Proprio a partire da questo “giovarsi”, la corte d'appello giunge ad affermare, traendo spunto proprio da Cass. 5 luglio 1975 n. 2637, in *Giust. civ.* 1976, p. 931, con nota di Alvino, *Opere per la conservazione della servitù ed onere delle relative spese* (confermata da Cass. 15 febbraio 1982, 949) che la norma sottende un principio di “attiva collaborazione” (non riferibile ad un “*facere specifico*”) che ricade in capo a tutti i soggetti coinvolti, con particolare riguardo ai titolari del fondo dominante. Essa risolve la controversia senza dover fare ricorso all'applicazione analogica della disciplina della comunione, come avrebbe voluto l'appellante, evidenziando che si tratta pur sempre di autonomi diritti di servitù, seppure in concorrenza tra loro, regolati dalle specifiche norme in materia.

L'“attiva collaborazione” di cui si è detto è poi tale da “involgere un onere diretto a sopportare ed affrontare le spese, e non soltanto il diritto ad un mero rimborso”, rendendo “attuale la valutazione della necessità di mantenimento, non relegabile ad un semplice apprezzamento e regolamento *ex post*.”

In altre parole, anche uno dei titolari della servitù potrà chiedere al giudice che accerti, prima ancora di effettuare le spese di ordinaria manutenzione (quelle cioè “strettamente indispensabili ad un uso corretto della cosa”, necessarie per conservare la servitù) se, ed in che misura, gli altri titolari e il proprietario del fondo servente saranno tenuti a concorrervi in proporzione dei rispettivi vantaggi. Insomma, da questo punto di vista, la disposizione non condiziona l'esercizio dell'azione all'effettivo esborso e all'esecuzione delle opere, con la conseguenza che anche il titolare del fondo dominante potrebbe agire in giudizio per chiedere di accertare in quale percentuale il proprietario del fondo servente sia tenuto a contribuire.

Si tratta, in ogni caso, di concorrere alle spese relative alle opere necessarie per l'esercizio della servitù (quelle volte alla “conservazione del mero stato di fatto”), e non, osserva la corte, di un “obbligo di compartecipazione all'esecuzione di lavori corrispondenti al rifacimento della strada a regola d'arte”, come si sarebbe potuto pretendere qualora si fosse fatta applicazione delle disposizioni sulla comunione.

Concludendo, le radici romanistiche dalle quali trae origine l'istituto, nato allorché si reputò, nella *servitus oneris fenerdi*, di addossare al proprietario del fondo servente, la *refectio parietis* in caso di pericolo di crollo tale da mettere in pericolo la stabilità del fondo appoggiato (cfr. Pescatore, Albano, Greco, *Commento del codice civile*, Utet, 1968, p. 581), suggeriscono come il criterio equitativo debba orientare ogni scelta interpretativa. Anzi, l'estensione operata dal codice del 1942 di obbligare alle spese il proprietario del fondo servente che non si serva direttamente dell'opera, ma ne tragga in qualche modo vantaggio, rafforza tale opzione metodologica che la giurisprudenza di legittimità, già dal 1975, aveva portato alla sua massima espressione al fine di evitare indebiti arricchimenti, da una parte, come dall'altra. A sua volta, la corte genovese, estendendo il principio a tutti i soggetti coinvolti, ci insegna come l'attiva collaborazione tra le parti sia la via maestra per evitare controversie facilmente risolvibili ricorrendo all'equità e al buon senso, partendo dal dettato normativo. Proprio come hanno fatto Sandrino e l'avvocato Causa.

Marco Tiby
Avvocato, Foro di Genova

Massime

Tribunale di Albenga, 31 agosto 2010 - Giudice Unico Princiotta - Cond. Verdemare (Avv. ti Taramasso e Foti) c. Tedesco (Avv. Gianatti).

APPALTO (contratto di) - responsabilità dell'appaltatore - limiti.

(Artt. 1655 e segg. c.c.)

Il contratto di appalto è caratterizzato dall'autonomia dell'appaltatore il quale è "dominus" nell'organizzare e regolare lo svolgimento del lavoro nell'ambito delle finalità previste dal contratto ed al fine di conseguirle, sicché egli risponde verso il committente degli eventi dannosi verificatisi nello svolgimento del rapporto anche quando il committente pretenda di imporgli una modalità esecutiva, atteso che l'appaltatore, se la modalità propostagli non è conforme alle regole dell'arte, non deve osservarla, salvo specifico patto con il committente, il quale da un lato degrada l'appaltatore in ordine a quelle modalità esecutive a "nudus minister" e dall'altro lato, conseguentemente, lo libera dalla responsabilità. (Conforme : Cass., sez. 2 civ., 13 marzo 1992, n. 3050)

RO.NE.

Corte di Cassazione, sez. II civ., 4 novembre 2010, n. 22478 - Pres. Settimj - Rel. De Chiara - B. (Avv. Sbrana) c. S.

APPELLO civile - citazione - motivi limitati all'an debeatur - divieto del giudice di pronunciarsi sul quantum.

Qualora la sentenza di primo grado, recante condanna al pagamento di una somma, sia appellata limitatamente all'an debeatur, il giudice di secondo grado non ha il potere di riesaminare anche la quantificazione del credito, stante l'autonomia della pronuncia sull'an debeatur rispetto a quella relativa al quantum debeatur. (Nella specie la Corte di Cassazione ha accolto la domanda di riforma della sentenza della Corte d'Appello in quanto viziata da extrapetizione non potendo il giudice dell'impugnazione, adito dall'appellante sulle sole questioni della spettanza del compenso spettante all'avvocato (an debeatur) e pur respingendo la relativa censura, aveva ridotto d'ufficio l'importo degli onorari, su cui l'appellante non aveva sollevato questioni).

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 4 febbraio 2010, n. 80- Pres. Bonavia - Rel. Silva - Ditta U. (Avv. Buffa) c. T. (Avv. Monteverde) e Assicurazioni (Avv. Malacagno).

AVVOCATO - obbligazione di mezzi - soluzione di problemi di speciale difficoltà - responsabilità professionale - criteri - limiti.

L'avvocato, nell'espletamento dell'attività professionale, deve tendere a conseguire il buon esito della lite per il cliente e pertanto suscita la sua responsabilità se, probabilmente e presuntivamente, applicando il principio penalistico di equivalenza delle cause (art. 40 e 41 c.p.), esso non è stato raggiunto per sua negligenza.

L'avvocato deve considerarsi responsabile nei confronti del proprio cliente, ai sensi degli art. 2236 e 1176 c.c., in caso di incuria o di ignoranza di disposizioni di legge ed, in genere, nei casi in cui, per

negligenza o imperizia, compromette il buon esito del giudizio.

(Nella specie la Corte d'Appello ha ravvisato, differentemente dal Giudice di primae curae, la colpa grave del professionista nel non aver ravvisato l'esclusività della deroga convenzionale della competenza territoriale contenuta in un contratto di telefonia, instaurando conseguentemente procedimento monitorio nanti un foro poi dichiarato incompetente, con conseguente soccombenza in ordine alle spese legali del suo assistito. La Corte ha inoltre disatteso l'eccezione svolta dal professionista che addebitava al suo assistito il non aver impugnato la sentenza dichiarativa dell'incompetenza territoriale poiché, atteso il tenore e la natura della clausola contrattuale, non era probabile che l'esito potesse essere diverso. Da ultimo la Corte ha ritenuto non operativa la garanzia assicurativa invocata dal professionista ed insussistente l'obbligo di manleva, in virtù di apposita clausola contrattuale della polizza di responsabilità professionale, in quanto l'opposizione a decreto ingiuntivo con eccezione di incompetenza territoriale, da cui far discendere la conoscenza dell'errore commesso al professionista, era stata notificata ben prima della sottoscrizione della polizza).

G.G.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 10 dicembre 2010, n. 4552 - Giudice Unico Casanova - R. di A. E. & V. s.n.c. e G. E. (Avv. Giusti) c. B. (Avv. ti Palma e Rossotto).

BANCA, credito e risparmio - divieto di interessi anatocistici - risoluzione del contratto di mutuo - fattispecie.

BANCA, credito e risparmio - commissione di massimo scoperto - mancanza di una di specifica previsione contrattuale - nullità.

(Art. 2043 c.c., L. 2/2009)

La dichiarazione dell'istituto di credito di volersi avvalere della condizione risolutiva delle linee di credito incide sul diritto del medesimo di pretendere il pagamento di interessi di mora, al tasso indicato dal contratto, anche sulle rate di mutuo non ancora scadute, comprensive non solo di quote capitale, ma altresì degli interessi convenzionali relativi, in quanto, una volta intervenuta la predetta dichiarazione e la conseguente risoluzione del contratto di mutuo, viene meno il titolo in base al quale la somma mutuata era stata concessa in prestito. (Nella fattispecie, l'On.le Giudice adito ha ritenuto che il saldo passivo dovesse accertarsi tenuto conto del capitale mutuato, degli interessi contrattualmente stabiliti, sino alla dichiarazione della risoluzione relativa alle linee di credito, nonché degli interessi legali a far data da tale dichiarazione sino al soddisfo, peraltro legittimamente richiesti dalla banca ingiungente. Pertanto ha escluso poste di dare a carico della banca richieste in compensazione da parte opponente, a titolo di risarcimento dei danni patiti per le ripetute violazioni contrattuali poste in essere dall'istituto, quali l'addebito di commissioni e interessi non dovuti).

(Conforme: Cass., sez. un., 2 dicembre 2010, n. 24418).

La mancata espressa e legittima previsione contrattuale relativa alla commissione di massimo scoperto determina senza dubbio che alcuna posta è dovuta a tale titolo e pertanto là dove applicata la detta posta va espunta dal saldo passivo a carico dell'u-

tente del servizio bancario. Infatti, nell'ipotesi de qua, la clausola relativa alla cms è nulla per essere l'oggetto dell'obbligazione indetermiato ed indeterminabile. (Nella specie, l'On.le Giudicante sottolinea in merito che nessuna clausola contrattuale stabilisce le modalità esatte di imputazione della commissione di massimo scoperto; non risulta in particolare, se l'aliquota indicata nel contratto vada applicata trimestralmente o mensilmente, o debba essere applicata al massimo utilizzo nella periodicità annuale, semestrale, trimestrale o mensile. Pertanto afferma che: la nullità della clausola può essere rilevata d'ufficio dal Giudice, colpendo la nullità proprio un elemento costitutivo della domanda).

(Conforme: Cass., sez. 2, 19 febbraio 2010, n. 12028).

F.CUD.

Tribunale di Genova 16 dicembre 2010 - Giudice Unico Costanzo - Banca Carige SpA (Avv. L. Pennisi) c. Video Club Genova srl in liquidazione (Avv. Arcadipane).

BANCA, credito e risparmio - Conto corrente - Prova civile - Anatocismo.

(Art. 2697 c.c.)

BANCA, credito e risparmio - Conto corrente - Azione civile in genere - Eccezione.

(Art. 1832 c.c.)

La banca che agisca per ottenere dal correntista il pagamento del saldo di un conto corrente il cui contratto contenga una clausola anatocistica nulla, deve provare che la propria pretesa è stata quantificata senza tenere conto della pattuizione medesima.

L'approvazione espressa o tacita del conto corrente di cui all'art. 1832 c.c. non preclude la proponibilità di azioni ed eccezioni relative al rapporto obbligatorio da cui derivino gli addebiti o accrediti.

EU.MI.

Corte d'Appello di Genova, 2 novembre 2010, n. 1145 - Pres. Maglione - Rel. Merlo - X (Avv. P. Pesce) c. Y (Avv. Aicardi) e c. Z (Avv. D. Clementi)

CIRCOLAZIONE stradale - morte a seguito di sinistro - sussiste.

(Artt. 2054 e 2055 c.c.)

Appare del tutto evidente, dall'esame dei rispettivi comportamenti, che il sinistro non sarebbe certamente avvenuto se entrambi, od anche uno solo di essi, non avessero violato il codice della strada ed, a maggior ragione, se, nel commettere le rispettive infrazioni, avessero tenuto un comportamento prudente (...) Tali gravi, precise e non contestate colpe devono essere ritenute di pari causalità in considerazione della certa loro concreta gravità, anche considerata in astratto, e dell'evidente nesso che le lega all'accaduto.

Tribunale di Albenga, 5 febbraio 2010 - Giudice Unico Princiotta - Pagodi in Andretta (Avv. ti Todeschini e Ghisberti) c. Condominio il Porticciolo (Avv. Bertolotto).

COMUNIONE e condominio - regolamento condominiale - regolamento "contrattuale" - previsione di oneri o limitazioni nei confronti dei condomini - applicabilità.

(Art. 1138 c.c.)

COMUNIONE e condominio - utilizzo della cosa comune da parte del condomino - limiti.

(Art. 1102 c.c.)

Qualora sia previsto da apposita clausola del regolamento condominiale "contrattuale", il condomino che intenda intraprendere opere sulle cose comuni, deve essere preventivamente autorizzato dall'assemblea.

L'art. 1102 c.c. vieta, in assenza di specifico accordo, che il singolo condomino possa attrarre la cosa comune o una sua parte nell'orbita della propria disponibilità esclusiva e sottrarla al godimento degli altri condomini. Invero, in tema di comunione, ciascun comproprietario ha diritto di trarre dal bene comune una utilità maggiore e più intensa di quella tratta eventualmente in concreto dagli altri comproprietari, purché non ne venga alterata la destinazione o compromesso il diritto al pari uso e senza che tale uso più intenso sconfini nell'esercizio di una vera e propria servitù.

(Conforme : Cass., sez. 2, 21 ottobre 2009, n. 22341).

RO.NE.

Tribunale di Genova, 4 dicembre 2010 - Giudice Unico La Mantia - C.A. (Avv. Cavaliere) c. Cond. Vico del C. 10 (Avv. Campora).

COMUNIONE e condominio - impugnazione delibera assembleare - nuova delibera - dichiarazione cessazione materia contendere - ammissibilità.

Il giudice deve dichiarare cessata la materia del contendere ove risulti che l'assemblea dei condomini, regolarmente riconvocata, abbia deliberato sugli stessi argomenti della deliberazione impugnata, ponendo in essere un atto sostitutivo di quello invalido (conf. Ex multis Cass. 17 Marzo 1993 n. 3159).

In tal caso, il Giudice deve procedere solo alla liquidazione delle spese di lite secondo il criterio della cosiddetta "soccumbenza virtuale" (conf. Ex multis Cass. 2 Agosto 2004 n. 14775)

(Nel caso di specie il Tribunale ha dichiarato la cessazione della materia del contendere tra l'attore ed il Condominio convenuto a seguito di spontanea revoca della delibera assembleare oggetto della causa, condannando comunque il Condominio al pagamento delle spese di lite, essendo tale revoca intervenuta solo a seguito della citazione in giudizio).

SI.CO.

Tribunale di Genova, 15 dicembre 2010 - Giudice Unico La Mantia - H. s.r.l. (Avv. Costa) c. Cond. Garage B. Via P. 5ar (Avv. Torazza).

COMUNIONE e condominio - spese amministrazione ordinaria e straordinaria - ricorso in opposizione decreto ingiuntivo- improcedibilità dell'azione.

Va dichiarata l'inammissibilità dell'opposizione avverso il provvedimento monitorio avanzata con ricorso e non con atto di citazione ex art. 645 c.p.c.. L'atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo, pur essendo equiparabile ad una comparsa di risposta, deve possedere tutti i requisiti formali previsti dall'art. 163 c.p.c. (il quale prevede espressamente che "la domanda si propone mediante citazione a comparire ad udienza fissa") e 163bis c.p.c. (Conf. Cass. 20 Ottobre 2006 n. 22528).

Dall'omessa notifica nel rispetto del termine di cui all'art. 641

c.p.c. una volta scelta la forma de ricorso anziché quella della citazione, deriva l'inammissibilità dell'opposizione, dovendosi escludere che l'atto abbia comunque raggiunto lo scopo, conferendo definitiva efficacia esecutiva al decreto opposto.

(Nel caso di specie il Tribunale ha rigettato l'opposizione al decreto ingiuntivo di una Società condomina poiché la stessa ha provveduto a depositare in cancelleria ricorso in opposizione a decreto ingiuntivo, anziché utilizzare la forma dell'atto di citazione ordinario. Secondo il Tribunale, essendo errata la forma giuridica scelta da parte attrice, il ricorso non si è rivelato idoneo all'interruzione dei termini di cui all'art. 641 c.p.c., determinando il passaggio in giudicato del titolo monitorio, sostanzialmente non opposto).

SI.CO.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 20 dicembre 2010 – Pres. Maglione - Rel. Castiglione – G. e N. (Avv. Costa, Basso e Piaggio) c. Condominio X (Avv. Poggi e Modaffari).

COMUNIONE e condominio - assemblea condominiale - lavori straordinari - delega a commissione ristretta di condomini per la scelta di impresa esecutrice - mancanza di rigorosa determinazione dei criteri e dei limiti che devono dirigerne la scelta e limitarne i poteri - illegittimità.

(Artt. 1135 e 1136 c.c.)

La delega di poteri decisionali dall'assemblea ad una commissione ristretta di condomini, per essere valida, in quanto deroga alla competenza dell'assemblea stessa, deve contenere una rigorosa determinazione dei criteri e dei limiti che devono dirigere la scelta della commissione e contenere i suoi poteri. In mancanza di tale rigorosa determinazione la delibera condominiale deve ritenersi illegittima.

RO.NE.

Tribunale di Genova, 4 gennaio 2011 – Giudice Unico La Mantia – V.C. s.r.l. (Avv. Bertoni) c. Cond. Via della C. 52/58 (Avv. Chirone).

COMUNIONE e condominio - parti comuni del Condominio - azioni di tipo reale - legittimazione dell'amministratore- sussistenza.

L'amministratore del Condominio, ai sensi dell'art. 1131 c.c., può essere convenuto in giudizio in rappresentanza dei condomini per qualunque azione, anche di natura reale, concernente le parti comuni dell'edificio. (conf. Ex multis Cass. 23 gennaio 1995 n. 735).

In sostanza, laddove l'azione non sia configurabile come un'azione di rivendicazione ex art. 948 c.c., ricorre la legittimazione passiva dell'amministratore, senza necessità di integrare il contraddittorio nei confronti di tutti i Condomini.

(Nel caso di specie il Tribunale ha rigettato l'eccezione di difetto di legittimazione passiva, sollevata dalla parte convenuta, sul presupposto che la domanda attorea non riguardava l'accertamento di diritti reali bensì la richiesta da parte di un condomino a che il Condominio, quindi il suo amministratore, lasciasse il libero e pieno godimento dei beni di proprietà esclusiva, senza che il Condominio potesse frapporre ostacoli. Qui, in particolare, l'amministratore del Condominio aveva impedito il passaggio di operai affinché potessero effettuare lavori su posti auto di proprietà esclusiva dell'attrice e posti in conti-

nuità con quelli comuni del Condominio).

SI.CO.

Tribunale di Genova, sez. III civ, 22 marzo 2011, n. 1218 - Giudice Unico La Mantia - M.T. (Avv. Negri) c. Cond. Via S. (Avv. Fonti).

COMUNIONE e condominio - assemblea dei condomini negli edifici - sindacato giurisdizionale - limiti.

(Art. 1137 c.c.)

COMUNIONE e condominio - cose e servizi comuni di edifici innovazioni e opere in genere sulle parti comuni.

(Art. 1102 c.c.; art. 1120 c.c.)

Il sindacato dell'autorità giudiziaria sulle delibere dell'assemblea di condominio non può estendersi alla valutazione del merito ed al controllo della discrezionalità di cui dispone l'assemblea, ma deve limitarsi al riscontro della legittimità.

(confome Cass., sez. II civ., 11 febbraio 1999, n. 1165)

La norma di cui all'art. 1120 c.c. tende a disciplinare l'approvazione di quelle innovazioni che comportano oneri di spesa per tutti i condomini; ma, ove non debba procedersi a tale ripartizione per essere stata la spesa relativa alle innovazioni di cui si tratta assunta interamente a proprio carico da un condomino, trova applicazione la norma generale di cui all'art. 1102 c.c., che contempla anche le innovazioni ed in forza della quale ciascun partecipante può servirsi della cosa comune, a condizione che non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri condomini di farne uguale uso secondo il loro diritto, e, pertanto, può apportare a proprie spese le modificazioni necessarie per il miglior godimento della cosa comune (nella specie l'organo giudicante ha accertato il diritto di un condomino a far installare a proprie spese un ascensore ritenuto - in esito a consulenza tecnica d'ufficio - inidoneo ad alterare la destinazione della cosa comune o ad impedire agli altri condomini di fare parimenti uso della stessa e, comunque, tale da non pregiudicare la statica ed il decoro architettonico del caseggiato ai sensi dell'art. 1120, comma 2, c.c.).

(conforme Cass, sez. II civ, 27 dicembre 2004, n. 24006)

A.NIC.

Tribunale di Genova, 22 marzo 2011, n. 1224 - Giudice Unico Tabacchi - B.G. (Avv. Serra) c. Condominio L. R. (Avv. Occasione).

COMUNIONE e condominio - diritto del condomino al rimborso delle spese per la conservazione della cosa comune - urgenza - esclusione - fattispecie.

(Art. 1134 c.c.)

Il condomino non ha diritto al rimborso della spesa affrontata per conservare la cosa comune senza autorizzazione dell'amministrazione o dell'assemblea, dovendosi ritenere urgente la spesa la cui erogazione non può essere differita senza danno o pericolo, fino a quando l'amministratore o l'assemblea possano utilmente provvedere, ovvero indifferibile secondo il criterio del buon padre di famiglia, allo scopo di evitare un possibile, anche se non certo, nocumento della cosa comune (Nella specie il Tribunale adito ha ritenuto non sussistere il presupposto dell'urgenza richiesto dall'art. 1134 c.c. per il rimborso delle spese sostenute dal condominio per la manutenzione della cosa comune, in

quanto, in sede di ATP, il CTU aveva accertato uno stato manutentivo del bene comune, oggetto dell'intervento da parte del singolo condominio, tale da non costituire pericolo per gli utenti).

TZ. LND.

Tribunale di Genova, sez. III civ, 23 marzo 2011, n. 1233 - Giudice Unico Vinelli - C. (Avv. Saviotti) c. P. (Avv. Boero) e c. E. (Avv. Cimino), nonché c. Condominio Via XX (Avv. Cimino).

COMUNIONE e condominio - distacco del condomino dall'impianto centrale di adduzione dell'acqua - impugnazione di delibera assembleare - mancanza di contenuto deliberativo - inammissibilità - collegamento all'acquedotto cittadino - necessità di autorizzazione assembleare - non sussiste - parte comune - aggravio unilaterale a carico degli altri condomini - esonero dalle spese di conservazione e di esercizio dell'impianto - esclusione.

COMUNIONE e condominio - impianti e/o beni comuni - nuove tecniche - volontà dei condomini di conservare gli impianti preesistenti - facoltà del condomino di rinunciare alla cosa comune - esonero dall'onere delle spese di conservazione e di servizio - sussiste.

Il condomino che decida unilateralmente di staccarsi dall'impianto comune - nella fattispecie di adduzione dell'acqua - per provvedere all'allaccio all'impianto idrico cittadino non ha necessità di essere autorizzato da delibera assembleare, fermo restando, salvo diversa convenzione unanime, l'obbligo di corrispondere non solo le spese di conservazione ma anche quelle di gestione dell'impianto centrale del condominio.

L'impianto di adduzione dell'acqua, in quanto bene comune, non comporta l'esonero del condomino -il quale intende rinunciare al proprio diritto sulle cose comuni- dal pagamento oltre che delle spese di conservazione, anche di quelle di esercizio (attesa l'esistenza di un canone fisso annuale per la fornitura condominiale dell'acqua). Infatti il condomino non è legittimato a determinare, unilateralmente, un aggravio di spesa in capo agli altri condomini.

Diversamente, quando gli altri condomini intendano persistere nella conservazione degli impianti preesistenti pur in presenza di nuove tecniche o servizi predisposti dalla PA., il condomino ha facoltà di rinunciare alla cosa comune senza essere tenuto a sostenere le spese necessarie per la sua conservazione; ciò nondimeno, nella fattispecie l'impianto non è affatto superfluo e neppure superato da nuovi servizi e/o tecniche forniti dalla PA.

M.C.V.

Tribunale di Albenga, 12 agosto 2010 - Giudice Unico Princiotta - P. (Avv. Nasuti) c. R. (Avv. Battaglieri).

CONSUMATORE (tutela del) - attività di officina meccanica - cliente - garanzia prevista dalle norme a tutela del consumatore - insussistenza.

(Art. 128 Codice del Consumo)

L'attività di officina meccanica non comporta l'esistenza, a favore del cliente, della garanzia prevista dalle norme a tutela del consumatore, in quanto tale attività non è assimilabile a quella del "venditore", come definito in base all'art. 128 del Codice del Consumo.

RO.NE.

Tribunale di Massa, 28 settembre 2010 n. 651, Giudice Unico Scambati - Marble of The World Inc. c. Cella Marmi s.r.l.

CONTRATTO in genere - vendita di beni mobili - prestazione da parte del venditore della garanzia per vizi dei beni venduti - insussistenza.

(Art. 1491 c.c.)

ESECUZIONE forzata - decreto ingiuntivo - mancata indicazione del termine per proporre opposizione - nullità del decreto - esclusione.

(Art. 641 c.p.c.)

L'esclusione della garanzia per i vizi della cosa venduta conosciuti dal compratore al momento della conclusione del contratto trova ragione nella piena coincidenza fra le condizioni del bene secondo la determinazione volitiva dei contraenti e quelle del bene oggetto della compravendita.

Pertanto, affinché in presenza di vizi facilmente riconoscibili, sorga l'obbligo di garanzia in capo al venditore non è sufficiente la dichiarazione di quest'ultimo circa l'assenza di vizi nella cosa venduta, richiedendosi, invece, per il sorgere dell'obbligo sopraindicato, una specifica assicurazione sull'assenza di vizi, con la quale il venditore determina un particolare affidamento del compratore, indotto a soprassedere sull'esame della cosa e quindi a non scoprirne gli eventuali vizi.

In caso di accoglimento del ricorso per ingiunzione di pagamento, il giudice ingiunge di pagare la somma nel termine di quaranta giorni, e rivolge al destinatario dell'ingiunzione di pagamento l'espresso avvertimento che nello stesso termine può essere fatta opposizione e che, in mancanza di opposizione, si procederà a esecuzione forzata.

Tuttavia, l'eventuale mancata indicazione nel corpo del decreto ingiuntivo del termine entro il quale proporre opposizione non comporta nullità in senso tecnico dell'ingiunzione di pagamento, dovendosi ritenere ben possibile l'opposizione tardiva della parte ingiunta, senza compromissione del diritto di difesa del debitore ingiunto.

A.F.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 21 dicembre 2010, n. 1312 - Pres. Sangiuolo - Rel. Oddone - C.R. (Avv. Bobbio e Virga) c. Agenzia Motonautica Ligure S.r.l. (Avv. Mori).

CONTRATTO in genere - prenotazione di ormeggio - natura - contratto atipico - elementi qualificanti.

(Artt. 1322 e 1362 e segg. c.c.)

CONTRATTO in genere - ormeggio - responsabilità dell'ormeggiatore.

(Art. 1218, 1322, 1766 c.c.)

Il nomen juris dato al documento ("prenotazione di ormeggio"), pur valendo quale possibile criterio di interpretazione della comune intenzione delle parti, non ha valore esclusivo al fine di qualificare l'atto come contratto o meno, dovendosi tenere conto, secondo le regole stabilite dal codice civile in materia (artt. 1362 e segg.) anche del comportamento complessivo delle stesse, anche posteriore alla conclusione del negozio, con la conseguenza che il giudice non può sottrarsi a tale duplice indagine, dovendo valutare attentamente che il comportamento dei contraenti collimi con

la forma attribuita all'atto e con la conseguenza ulteriore che, in caso, di contrasto tra i due, deve prevalere il criterio del comportamento delle parti stesse, anche posteriore, per qualificare il documento come contratto o meno, specie quando entro lo stesso siano presenti tutti gli elementi costitutivi, il rapporto abbia avuto immediata esecuzione e non vi sia alcun concordato rinvio ad ulteriori successivi accordi o conferme.

Il contratto di ormeggio, pur rientrando nella categoria dei contratti atipici, è sempre caratterizzato da una struttura minima essenziale, consistente nell'assegnazione di un delimitato e protetto spazio acqueo entro il porto e nella messa a disposizione ed utilizzazione delle strutture portuali (l'ormeggio-locazione) e, conseguentemente, in assenza di specifica clausola di estensione degli obblighi dell'ormeggiatore ad altre prestazioni sinallagmaticamente collegate al corrispettivo, quali la custodia del natante e quella delle cose in esso contenute, proprie dell'ormeggio-deposito, il contratto non può essere equiparato sic et simpliciter al deposito, si da doversi ritenere sempre e comunque applicabili analogicamente le disposizioni di cui agli artt. 1766 e segg. c.c.

Il contratto di ormeggio, potendo avere un oggetto più complesso rispetto alla sua struttura minima, in dipendenza sia delle attrezzature e dell'organizzazione del porto turistico, sia dell'obbligo assunto dall'ormeggiatore di custodia del natante conformemente alla disciplina del contratto di deposito, comporta, in quest'ultimo caso, l'assunzione della relativa responsabilità risultando a carico di chi fonda un determinato diritto (o la responsabilità dell'altro contraente sulla struttura del contratto) fornire la prova dell'oggetto e del contenuto.

(Conf. Cass. civ. sez. III, 01-06-2004, n. 10484)

ALB.SPIN.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 10 dicembre 2010, n. 4505 - Giudice Unico Casale - C. A. (Avv. Mutti) c. V. S. (Avv. Pedron e Frascchetti) e c. Fondiaria Sai S.p.a. (Avv. Pedron e Frascchetti).

DANNI in materia civile - danni da circolazione stradale - quantificazione della colpa in capo a ciascun conducente - principio di autoreponsabilità - limiti.

(Art. 2054 c.c.)

In una situazione caratterizzata dalla coesistenza di obblighi gravanti su distinti soggetti, quale è il caso della circolazione stradale, il principio di autoreponsabilità comporta che ciascuno debba rispondere solo delle conseguenze delle proprie azioni, avendo il diritto di fare affidamento sulla correttezza dell'agire altrui.

Tale affidamento viene tuttavia meno innanzi alle altrui scorrettezze che il soggetto avrebbe dovuto/potuto prevenire ed evitare usando l'ordinaria diligenza: solo entro questi limiti egli sarà chiamato a rispondere anche delle conseguenze delle violazioni altrui.

(Nel caso di specie, il conducente di un taxi non aveva prevenuto le conseguenze della guida di un altro conducente di taxi, il quale non aveva dato la precedenza al veicolo che sopraggiungeva dalla sua destra. Il Giudice ha ritenuto infatti che se il primo conducente, a cui è stata addebitata una quota di responsabilità pari al 20% rispetto all'evento dannoso verificatosi, avesse diligentemente adeguato la propria velocità alle caratteristiche della situazione concreta, in particolare alla pericolosità intrinseca che caratterizza qualsiasi incrocio stradale, questo avrebbe certamente evitato l'urto).

F. RPT.

Corte d'Appello di Genova, 13 Gennaio 2011, n. 38 - Pres. Maglione - Rel. Castiglione - B. (Avv. Poggi e Biancardi), c. Fondiaria Sai S.p.A. (Avv. Soave).

DANNI in materia civile - danno futuro - perdita di chance - danno emergente - criteri di liquidazione.

Il cd. danno futuro, non rientra nella nozione di lucro cessante, ma nella nozione di perdita di chance, intesa come privazione della possibilità di sviluppi, e progressioni dell'attività lavorativa del soggetto, e costituisce un danno patrimoniale risarcibile, da intendersi come danno emergente per la perdita di una possibilità attuale esistente nel patrimonio del soggetto.

Intanto la chance costituisce un bene patrimoniale, vale a dire un'entità giuridicamente ed economicamente valutabile, la cui perdita produce un danno attuale e risarcibile che deve essere provato; la prova può essere data anche in via presuntiva ovvero può essere fondata su di un calcolo di probabilità o su di una valutazione di natura prospettica, ma fondata sempre su dati di fatto certi.

(Nella specie, il danno in questione cagionato a un ciclista di giovane età, in occasione di un sinistro stradale avvenuto per fatto e colpa di conducente di autovettura, non poteva essere rapportato all'attività sportiva dilettantistica, sia pure di alto livello praticata dall'infortunato all'epoca dell'incidente; infatti questa per definizione, è attività improduttiva di reddito, che non fa apparire giustificata la liquidazione, sia pure prospettica, di un mancato guadagno e si fonda soltanto sull'aspettativa del soggetto di conseguire in futuro la qualifica professionale e di trarre quindi un reddito dalla pratica sportiva agonistica.)

FR.SCA.

Tribunale di Albenga, 8 settembre 2010 - Giudice Unico Princiotta - C. (Avv. Vinotti) c. B. e F. (Avv. Piccirilli) e c. T. P. snc (Avv. Sanna).

DANNO (risarcimento del) - danni a proprietà immobiliare conseguenti da situazione di "degrado" di vicinore giardino - prova dell'effettivo pregiudizio del "decoro architettonico" - necessità.

(Artt. 2043 e segg. c.c.)

Qualora si assuma l'esistenza di danno alla proprietà immobiliare, derivante da situazione di "degrado" di vicinore giardino, deve essere data l'effettiva prova di un pregiudizio al "decoro architettonico".

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 22 marzo 2011, n. 1223 - Giudice Unico Vaglio Bernè - H. G. O. (Avv. Lo Bianco) c. M. B. A. (Avv. Granara).

DISTANZE legali - innalzamento del muro oltre il piano del fondo sovrastante - opera dell'uomo - disciplina giuridica delle sue oggettive caratteristiche di costruzione - rispetto - necessità.

(Art. 873 c.c.)

In tema di distanze legali, diversamente dal muro di contenimento di una scarpata o di un terrapieno naturale che non può ritenersi "costruzione" in senso tecnico giuridico, la parte del muro che s'innalza oltre il piano del fondo sovrastante è soggetta alla di-

disciplina legale propria delle sue oggettive caratteristiche di costruzione. (Nella specie l'On.le Giudicante ha ritenuto soggetti alla disciplina delle distanze legali tra costruzioni, perché equiparata ad un muro di fabbrica, la sopraelevazione del muro e la realizzazione del relativo terrapieno adibito a parcheggio per autovetture a distanza inferiore a quella legale, concludendo per l'accoglimento della domanda di demolizione delle dette opere ed in conseguenza ordinando la riduzione in pristino dei luoghi).

(Conforme: Cass. Civ, 2010, n. 13628, 2006, n. 145).

F.CUD.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 5 marzo 2011, n. 1222 - Giudice Unico Basoli - A. O. M. (Avv. Vincenti Mattioli) c. R. S. (Avv. Muscolo).

DIVISIONE - beni non di esclusiva proprietà - separazione tra coniugi - conseguente scioglimento della comunione legale - proposizione della domanda ad hoc - necessita.

(Artt. 194 e ss. c.c.)

Lo scioglimento della comunione legale, per effetto della separazione dei coniugi, non comporta ipso facto la divisione dei beni che ne facevano parte, ne consegue che, qualora manchino deduzioni in ordine a diversi accordi intervenuti tra le parti nella fase di separazione, non può presumersi che i frutti civili, prodotti e producibili, di un bene immobile rimasto nella disponibilità esclusiva di uno dei detti coniugi non siano invece confluiti nella comunione pur sempre sussistente sino al suo scioglimento ed alla successiva domanda di divisione. Pertanto, nella specie, la domanda proposta contro l'ex coniuge volta al pagamento del canone corrente di mercato per l'esercizio dell'attività commerciale di immobile, anteriormente acquistato in comunione legale, va accolta, a titolo di indennità di occupazione immobiliare, ma solamente con riferimento al periodo successivo alla domanda di divisione e, poiché si tratta di credito nominalistico, deve ritenersi che la somma de qua sia produttiva di interessi legali ma non di rivalutazione monetaria.

(Conforme: Cass. 24 maggio 2005, n. 10896).

F.CUD.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 24 marzo 2010, n. 1261 Giudice Unico Zuccolini - Fallimento Festival Crociere SpA (Avv. Gazzolo) c. Ship Supply of Florida (Avv. Mordiglia e Scapinello).

FALLIMENTO - concordato fallimentare con assunzione - azione revocatoria proposta dal curatore - omologa del concordato - intervento in causa dell' assuntore - legittimazione processuale del curatore - assenza - necessità di interruzione del procedimento - assenza

(D.Lgs. n. 5/2006 - Art. 129, c. IV, L.F.)

FALLIMENTO - azione revocatoria fallimentare - pagamento debiti altrui - atti a titolo gratuito - valutazione in base alla causa - configurabilità

(Art. 64 L.F.)

Nell' ipotesi di azione revocatoria instaurata dalla Curatela del

fallimento, l'intervento in causa del terzo assuntore del concordato fallimentare fa venire meno la legittimazione processuale del Curatore.

Prima della riforma delle procedure concorsuali del 2006, era pacifico in giurisprudenza che in caso di concordato fallimentare con assunzione, ove la relativa proposta contemplasse anche la cessione delle azioni revocatorie, la chiusura del fallimento conseguente al passaggio in giudicato della Sentenza di omologazione non determinasse l'improcedibilità delle suddette azioni, verificandosi una successione a titolo particolare dell' assuntore nei diritti controversi.

Si riteneva tuttavia che in tal caso non fosse consentita la continuazione del giudizio tra le parti originarie, comportando la chiusura del fallimento il venir meno della legittimazione processuale del curatore.

Il procedimento avrebbe dovuto essere interrotto, sempre che l'evento fosse dichiarato dal Procuratore costituito del fallimento o risultasse negli altri modi previsti dall' Art. 300 L.F. (V. in tal senso: Cass., 28/2/2007, n. 4766).

La riforma del D.Lgs. 5/2006 ha introdotto il Decreto di omologa del concordato fallimentare (emesso previa verifica della mancata proposizione di opposizioni) che, modificando l' Art. 129 L.F., ha espressamente previsto che tale provvedimento non sia sottoponibile a gravame, dovendo intendersi per ciò come definitivo.

La volontaria costituzione in giudizio del soggetto a cui spetterebbe di proseguirlo (nel caso di specie: l' assuntore del concordato) rende superflua (ai sensi dell' Art. 300, c. II, CPC) la dichiarazione di interruzione del procedimento, a prescindere dalla intervenuta dichiarazione o meno dell' evento interruttivo da parte del Legale del Fallimento.

A nulla rileva la qualificazione data dal terzo assuntore all' atto processuale con cui si è costituito in giudizio (nella specie: "atto di intervento"), ove lo stesso menzioni gli eventi che ne legittimano l' ingresso in causa in prosecuzione dell' azione proposta dal Fallimento e la volontà di proseguire tale azione.

Secondo il condiviso orientamento giurisprudenziale, gli atti depositivi consistenti in pagamenti da parte del fallito per estinguere debiti di terzi senza ottenere alcun corrispettivo (nella specie: di altre Società del "gruppo") possono essere qualificati come atti a titolo gratuito e, dunque, revocabili ai sensi dell' Art. 64 L.F. (Così Cass. 2/2/2006, n. 2325, Cass. 11093/2004, Cass. 6929/1983 e v. anche Cass., 6739/2008).

Posto che la valutazione di onerosità o gratuità del negozio va compiuta in base alla causa e non ai motivi dello stesso, deve escludersi che atti a titolo gratuito siano solo e soltanto quelli dettati da spirito di liberalità (V. Cass. 21402/2008, Cass. 6739/2008, Cass. 11093/2004).

Lo spirito di liberalità, infatti, è richiesto per la donazione ex Art. 769 Cod. civ., ma non è indispensabile negli altri contratti a titolo gratuito, ove cioè una sola parte riceve e l'altra, sola, sopporta sacrificio, unica essendo l' attribuzione patrimoniale.

In secondo luogo, ai fini della revocatoria fallimentare la natura gratuita od onerosa degli atti va valutata con riguardo agli effetti che si sono prodotti nel patrimonio del solvens poi dichiarato fallito. (La citata Cass. 6929/1983 ha specificato che tale gratuità sia colpita dall' inefficacia ex Art. 64 L.F. nei limiti di quanto so è depauperato il patrimonio del solvens, in danno dei suoi creditori).

Cass. 5616/1992 ha ben evidenziato che l' atto a titolo gratuito è colpito da inefficacia nei confronti della massa dei creditori concorrenti in virtù della sua natura oggettiva, rapportata ad un og-

gettivo dato temporale antecedente alla dichiarazione di fallimento, senza che assumano rilevanza situazioni soggettive a cui la norma non fa riferimento (conoscenza o conoscibilità dei presupposti del fallimento) situazioni tipiche della donazione quali il c.d. animus donandi.

La "gratuità" dei pagamenti effettuati dal fallito deve essere considerata solamente dal punto di vista dell'Imprenditore che compie atti di disposizione del proprio patrimonio senza corrispettivo, tenendo conto che nei rapporti trilaterali il corrispettivo per il disponente può provenire sia dal destinatario del pagamento, sia da soggetti terzi (Es. : il debitore così liberato).

Anche a volere ritenere che l'assenza di corrispettivo non sia di per sé equivalente a gratuità dell'atto (così Cass., 2325/2006), potendosi presumere che gli interventi gratuiti in favore di altra Società (collegata, ma giuridicamente autonoma) non siano espressione di spirito di liberalità, ma preordinati al soddisfacimento di un proprio interesse, anche se mediato ed indiretto, tale presunzione potrà operare solo in presenza di particolari circostanze che rivelino unitarietà di finalità e di amministrazione tra le due Società e che consentano di configurare un rapporto tra esse talmente stretto da escludere la gratuità.

G.M.T.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 23 dicembre 2009, n. 1301 - Pres. Bonavia - Rel. Di Virgilio - L. S.p.a. (Avv. Arato, Truffi e Vigna) c. R.M. in liquidazione coatta amministrativa (Avv. Pozzo).

FALLIMENTO - azione revocatoria fallimentare - "scientia decoctionis" - sussistenza - fattispecie.

(Art. 67 l. fall.)

In tema di revocatoria fallimentare ex art. 67, comma 2, l. fall., il presupposto soggettivo è costituito dalla conoscenza effettiva dello stato d'insolvenza e non dalla semplice conoscibilità da parte dell'autore dell'atto revocabile nel momento stesso in cui l'atto viene posto in essere. Peraltro, la dimostrazione di detta conoscenza, costituendo essa la condizione psicologica di un soggetto, non può non avvenire indirettamente (salvo situazioni confessorie) tramite una dimostrazione sul piano della logica concatenazione di eventi e condotte del soggetto stesso che, in base al criterio di normalità assunto a parametro di valutazione consente la prova presuntiva della conoscenza personale di eventi, altrimenti indimostrata e indimostrabile (nella specie il Collegio, confermando la sentenza Tribunale di Genova, 23 dicembre 2005, n. 5101, ha ritenuto sussistere prova della "scientia decoctionis" nel fatto che L. S.p.a., con il ricorso monitorio, avesse fornito numerosi dati relativi all'esposizione debitoria della controparte deducendo il pericolo di grave pregiudizio nel ritardo al fine di ottenere decreto provvisoriamente esecutivo ai sensi dell'art. 642 c.p.c.).

(Conforme: Cass, sez. I civ., 7 agosto 1997, n. 7298)

A.NIC.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 23 marzo 2011 n. 1227 - Giudice Unico D'Arrigo - L.A. (Avv. Caniglia Cogliolo) c. G. O. (Avv. G. Orlando).

(Art. 645 c.p.c.)

INGIUNZIONE (procedimento per) - opposizione - termini di costituzione dell'opponente.

Nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, la riduzione alla metà dei termini di comparizione, prevista dall'art. 645, comma secondo, c.p.c., è rimessa alla facoltà dell'opponente e, nel (solo) caso in cui questi se ne sia effettivamente avvalso, risultano conseguentemente ridotti alla metà anche i termini di costituzione, la cui inosservanza comporta, ai sensi del disposto dell'art. 647 c.p.c., l'esecutività del decreto ingiuntivo. (1)

Nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, i termini di costituzione sono quelli ordinari, secondo quanto stabiliscono gli artt. 165 e 166 c.p.c. rispettivamente per l'attore e per il convenuto, quando l'opponente assegni alla controparte il termine ordinario di comparizione o un termine maggiore. Qualora, invece, si avvalga della facoltà, in base all'ultimo comma dell'art. 645 c.p.c., di dimezzare il termine di comparizione, assegnando al convenuto in opposizione un termine a comparire inferiore a quello ordinario, è ridotto alla metà il termine a lui stesso assegnato per la costituzione dall'art. 165 c.p.c. (2).

(1-2) La sentenza sembra aderire all'orientamento - già commentato in questa rivista - che legge la pronuncia Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246, come una sostanziale conferma del principio tradizionalmente affermato dalla Suprema Corte secondo cui, nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, i termini di costituzione delle parti seguono il regime ordinario e, solo qualora l'opponente si avvalga della facoltà di dimezzare il termine di comparizione, è parimenti ridotto alla metà il termine a lui stesso assegnato per la costituzione dall'art. 165 c.p.c., tesi che ridimensiona notevolmente la portata innovativa della suddetta pronuncia (cfr. a tal riguardo F. Cuomo Ulloa, "Brevi note sulla sentenza delle sezioni unite n. 19246 del 2010. Molto rumore per (quasi) nulla?" in questa rivista, 2010, n. 3, p. 43).

Al dibattito ancora acceso tra chi aderisce a tale orientamento, che intende ricostruire in termini di coerenza l'elaborazione giurisprudenziale di legittimità relativa all'art. 645, comma secondo, c.p.c., e chi, invece, sostiene l'opposta tesi - che, mosso da evidenti ragioni di cautela e secondo un'interpretazione, comunque, aderente alla lettera della pronuncia, ritiene che le Sezioni Unite abbiano inteso affermare il principio per cui nell'opposizione a decreto ingiuntivo i termini di costituzione delle parti sono ridotti alla metà anche in caso di assegnazione all'opposto di un termine a comparire uguale o maggiore a quello legale - ha recentemente contribuito la stessa Terza Sezione della Suprema Corte che, con l'ordinanza interlocutoria 22 marzo 2011, n. 6514, sembra condividere questa seconda interpretazione.

L'epilogo della disputa non è, tuttavia, ancora stato scritto: con la predetta ordinanza interlocutoria, la Terza Sezione ha, infatti, rilevato l'esigenza di sottoporre nuovamente alle Sezioni Unite la questione di diritto sopra esposta, evidenziando come l'automatico dimezzamento del termine di costituzione dell'opponente determini un aggravamento della posizione di una sola delle parti non previsto dalla legge e sottolineando l'opportunità di una seria riflessione sul problema dell'efficacia nel tempo delle regola giurisprudenziali, specie se processuali.

Alessandro Nicolini

Tribunale di Genova, 10 dicembre 2010, n. 4512 - Giu-

dice Unico Casale - S. (Avv. Conterno) c. A. VA S.n.c. (Avv.ti Scisci e Pollini) e c. Fondiaria Sai S.p.a. (Avv. Camerieri).

IMPUGNAZIONI civili in genere - termine per l'impugnazione.

(Artt. 292, 325 e 479 c.p.c.)

Nell'ipotesi in cui il giudizio si sia svolto nella contumacia di una parte, la sentenza che lo conclude deve essere notificata alla parte personalmente ai sensi dell'art. 292 ultimo comma c.p.c., anche al fine della decorrenza del termine breve per impugnare di cui all'art. 325 c.p.c., né tale prescrizione può trovare deroga quando la notifica della sentenza sia avvenuta in forma esecutiva ai sensi dell'art. 479 c.p.c., non avendo rilevanza il fine processuale per il quale essa sia stata effettuata.

(Conf.: Cass., sez. III, 15 marzo 2006 n. 5682)

G.G.

Tribunale di Albenga, 26 agosto 2010 - Giudice Unico Princiotta - Enrico (Avv.ti Daga e Gerini) c. DIMCAR srl (Avv. Semini) c. COMEL sas. (Avv. Tabbò).

LOCAZIONE (contratto di) - espropriazione immobiliare - risoluzione dei contratti sussistenti.

(Artt. 1571 e segg. c.c.; Legge n. 2359/1865)

Il decreto ablativo, che, per il combinato disposto degli artt. 1, 50 e 51 della Legge n. 2359/1865, deve essere emesso soltanto nei confronti dei proprietari degli immobili soggetti all'espropriazione immobiliare, risolve automaticamente i contratti sussistenti tra il proprietario ed i terzi, pur quando gli stessi siano, come quelli agrari, ovvero di locazione, soggetti a particolare tutela e a proroga legale e comporta l'acquisto a titolo originario della titolarità dell'immobile, fin dalla data della relativa pronuncia.

RO.NE.

Tribunale di Albenga, 18 febbraio 2010 - Giudice Unico Princiotta - Palmarini e altri (Avv.ti R. e M. Bellasio) c. Società Ligure Export s. r. l. (Avv. Mastrogiorgio).

POSSESSO e azioni possessorie - violazione delle norme sulle distanze legali - azione di manutenzione - ammissibile.

(Artt. 1168, 1169 e 1170 c.c.)

DISTANZE legali - regolamenti edilizi - previsione di distanze dal confine - ratio.

(Art. 873 c.c.)

POSSESSO e azioni possessorie - eccezione di decadenza per decorso del termine annuale - non rilevanza d'ufficio - eccezione svolta solo in comparsa conclusionale - tardiva.

(Artt. 1168 e 2969 c.c.)

In tema di violazione delle norme sulle distanze legali è ammissibile la richiesta di tutela possessoria, ben potendosi contestare tale violazione mediante il ricorso all'azione di manutenzione del possesso, in quanto la inosservanza da parte del vicino delle distanze legali costituisce turbativa del possesso.

(Conformi: T. Monza, 11 marzo 2004 ; Cass. civ., sez.

II, 24 novembre 2003, n. 17868).

Il rispetto delle distanze dal confine previsto dai regolamenti edilizi mira a tutelare interessi generali, dati proprio dalla previsione di un assetto urbanistico in una determinata zona e, pertanto, volto a tutelarne sia l'assetto urbanistico sia la densità degli edifici in relazione all'ambiente.

(Conforme: Cass. civ., sez. II, 4 ottobre 2005, n. 19350).

L'eccezione di decadenza della tutela possessoria per il decorso del termine annuale, rientra tra le eccezioni in senso proprio e, quindi, risulta tardiva quando sia stata svolta solo in comparsa conclusionale. Peraltro, in tema di azione possessoria, il decorso del termine di decadenza di cui all'art. 1168 c.c. non è rilevabile d'ufficio dal giudice poiché, vertendosi in materia di diritti disponibili, deve essere eccepito, ai sensi dell'art. 2969 c.c., dalla parte interessata, la quale, nel sollevare l'eccezione, deve manifestare chiaramente la volontà di avvalersi dell'effetto estintivo dell'altra pretesa, ricollegato dalla legge al decorso dell'anno.

RO.NE.

Tribunale di Genova, 14 dicembre 2010 - Giudice Unico P. Bozzo-Costa - Varagona (Avv. Ceino) c. Università degli Studi di Genova (Avvocatura dello Stato) e c. Regione Liguria (contumace).

PRESTAZIONE d'opera intellettuale - diritto comunitario - disapplicazione normativa interna.

(Art. 8 D.Lgs 257/91; Direttiva 82/76 CEE)

PRESCRIZIONE - mancata attuazione direttive comunitarie - risarcimento del danno - prescrizione decennale.

(Art. 2043 c.c.)

Il manifesto contrasto tra l'art. 8 D.Lgs 257/91, il quale prevede il diritto di percepire una borsa di studio per i medici specializzandi che effettuino attività di formazione a tempo pieno, solo se iscritti agli anni accademici a partire dal 1991-92, e la direttiva 82/76, CEE la quale prevede il diritto dei medici specializzandi che svolgano attività formativa a tempo pieno di fruire di una adeguata remunerazione, non può essere risolto attraverso il meccanismo della disapplicazione normativa. Infatti la direttiva del 1982 non identificando né il soggetto erogatore della prestazione pecuniaria, né la relativa misura, non integra il presupposto della disapplicazione e cioè che alla rimozione del diritto interno si sostituisca una disciplina ricavabile dalla fonte comunitaria attributiva di diritti chiari e incondizionati tali da permetterne una immediata applicazione.

La domanda di risarcimento per omesso o tardivo recepimento nell'ordinamento interno di norme e principi posti dalle direttive comunitarie si prescrive in dieci anni decorrenti dal momento in cui il diritto può farsi valere e cioè dall'entrata in vigore della normativa di attuazione interna della Direttiva Europea.

Il termine prescrizione della domanda di natura indennitaria ex art. 2041 c.c. inizia a decorrere dal momento in cui si verifica l'arricchimento del beneficiario e la correlativa diminuzione patrimoniale dell'altra parte (nella specie un medico chiede un indennizzo allo Stato per il mancato recepimento di una direttiva comunitaria la quale garantiva la retribuzione per gli anni di specializzazione: il dies a quo è identificato con l'ultimo anno di specializzazione).

EU.MI.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 28 luglio 2008, n. 3039 - Giudice Unico Latella - L. e M., genitori della minore C. (Avv. Bianchi) c. Azienda Ospedaliera Villa Scassi (Avv. Spanò e Glendi).

PROCEDIMENTO civile - procura alle liti in qualità di genitore esercente la patria potestà - necessità di specificazione - esclusione.

(Art. 83 c.p.c.)

AMMINISTRAZIONE dello Stato e degli enti pubblici in genere - successione universale delle ASL alle USL - esclusione.

(Legge 23 dicembre 1994, n. 724)

DANNI in materia civile - danno alla persona - criterio di quantificazione - sistema tabellare - adeguamento alla gravità del caso - fattispecie.

(Art. 2059 c.c.)

DANNI in materia civile - danno alla persona - danno morale - definizione - fattispecie.

(Art. 2059 c.c.)

DANNI in materia civile - danno alla persona - danno esistenziale - definizione - fattispecie.

(Art. 2059 c.c.)

INTERESSI - rivalutazione ISTAT - interessi compensativi.

DANNI in materia civile - patrimoniali - da incapacità lavorativa - capacità reddituale - trattamento pensionistico - accertamento - non sussiste.

(Art. 2043 c.c.)

DANNI in materia civile - danno alla persona - danno morale ed esistenziale ai prossimi congiunti - genitori - accertamento - presunzione sentimento umano - sussiste - sorella nata successivamente - nesso - non sussiste.

(Artt. 2059 e 1223 c.c.)

La procura firmata dai genitori e apposta a margine dell'atto di citazione, ancorché non indicante espressamente che detti genitori agiscono sia in proprio sia quali rappresentanti della figlia minore, è idonea a sostenere tutte le posizioni soggettive precisate nell'atto e, pertanto, a sostenere la rituale costituzione in giudizio dei genitori oltre che in proprio anche nella qualità di esercenti la patria potestà sulla figlia minore.

Le Aziende Ospedaliere del servizio sanitario regionale istituite con Legge regionale (in attuazione dei Decreti Legislativi n. 502 del 30 dicembre 1992 e n. 517 del 7 dicembre 1993) sono prive di legittimazione passiva in giudizio per i fatti lesivi avvenuti antecedentemente alla loro costituzione. Infatti, per effetto della soppressione delle unità sanitarie locali non si è verificata una successione a titolo universale delle ASL nei rapporti giuridici di cui erano titolari le prime ma, in base all'art. 6, comma 1, della Legge 23 dicembre 1994, n. 724, le Regioni sono succedute ex lege in tutti i rapporti obbligatori facenti capo alle sopresse unità sanitarie locali e non possono in nessun caso far gravare sulle aziende sanitarie locali istituite i debiti e i crediti facenti capo alle gestioni pregresse delle unità sanitarie locali. Conseguentemente, per fatti riconducibili alle USL, la legittimazione attiva e passiva spetta all'organo rappresentativo della gestione liquidatoria

dell'ex USL e, per esso, alla Regione (cfr. Cass. Sent. 22.5.2007, n. 11841).

Il criterio per la liquidazione del danno alla persona (biologico, esistenziale e morale) si basa sul sistema del "punto tabellare" perfezionato dal tribunale di Milano e non più sul metodo di calcolo legato al triplo della pensione sociale (Tribunale di Genova, sez. II civ., 28.9.1998, n. 2270). La gravità della situazione può giustificare un incremento della valutazione risultante dal dato tabellare, al fine di adeguare equitativamente il ristoro alla peculiarità del caso (nella specie, trattatasi di invalidità permanente del 100% arrecata da comportamento colposo del medico durante il parto, oltre ad invalidità totale temporanea di giorni 81 sulla base del periodo di ricovero ospedaliero).

Va riconosciuto il danno morale quando il comportamento del medico integra il reato di lesioni gravissime e la sua quantificazione tiene conto della gravità del fatto (nella specie il danno morale è stato liquidato in un importo equivalente a quello per danno biologico, per la gravità del fatto).

Il danno esistenziale consiste in ogni pregiudizio che il soggetto subisca nella sfera areddituale e che risponda a valori della persona umana costituzionalmente protetti (famiglia, reputazione, libertà di pensiero) (cfr. Cass., 20.4.2007, n. 9510). L'esistenza di tale voce di danno può essere accertata presuntivamente (nella specie la vittima non aveva possibilità di condurre una vita autonoma ed era priva della capacità di instaurare qualsiasi rapporto interpersonale a causa dell'evento lesivo: tali privazioni sono state considerate pari a quelle dell'integrità psico-fisica ed è stata pertanto liquidata un'ulteriore somma per danno esistenziale, equivalente a quella già liquidata per il danno biologico e per il danno morale).

È dovuta, conformemente ai principi generali sui debiti di valore, la rivalutazione monetaria maturata fino alla liquidazione del danno, applicando gli indici ISTAT sul costo della vita. Per il calcolo degli interessi compensativi, si applica il criterio di cui alla nota sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 17.2.1995, n. 1712.

Non sussiste danno patrimoniale da impossibilità di esplicare attività lavorative qualora non sia dimostrata una capacità reddituale del soggetto leso superiore al trattamento pensionistico cui lo stesso ha diritto.

Spetta il risarcimento del danno morale ed esistenziale ai prossimi congiunti di persona che abbia subito lesioni personali, a causa di fatto illecito costituente reato, se concretamente accertati in relazione ad una particolare situazione affettiva con la vittima, in quanto tale danno trova causa immediata e diretta nel fatto dannoso (cfr. Cass. 3.4.2008, n. 8546). Il dolore del genitore per le gravi condizioni del figlio causate dal colposo comportamento del personale medico non ha bisogno di essere provato poiché rientra nel comune sentimento umano.

Non sussiste un nesso tra il fatto illecito accertato e le future problematiche che la sorella della vittima, nata successivamente all'evento lesivo, dovrà affrontare per la presenza di una sorella così gravemente lesa.

C.CELL.

Tribunale di Albenga, 16 agosto 2010 - Giudice Unico Princiotta - Scherma (Avv. Cardone) c. Salerno (Avv. Sambi).

PROCEDIMENTO civile - azione di rivendicazione e azione di restituzione - nozione - presupposti - differenze.

(Art. 948 c.c.)

PROCEDIMENTO civile - qualificazione giuridica del rapporto - poteri del giudice - limiti.

(Art. 112 c.p.c.)

L'azione di rivendicazione e quella di restituzione, pur tendendo al medesimo risultato pratico del recupero della materiale disponibilità del bene, hanno natura e presupposti diversi: infatti con la prima, di carattere reale, l'attore assume di essere proprietario del bene e, non essendone in possesso, agisce contro chiunque di fatto ne disponga onde conseguirne nuovamente il possesso, previo riconoscimento del suo diritto di proprietà; invece con la seconda, di natura personale, l'attore non mira ad ottenere il riconoscimento di tale diritto, del quale non deve, pertanto, fornire la prova, ma solo ad ottenere la riconsegna del bene stesso, e, quindi, può limitarsi alla dimostrazione dell'avvenuta consegna in base ad un titolo e del successivo venir meno di questo per qualsiasi causa.

(Conforme: Cass., sez. 2, 26 febbraio 2007, n. 4416)

Non incorre nel vizio di extrapetizione il giudice d'appello il quale dia alla domanda o alla eccezione una qualificazione giuridica eventualmente diversa da quella adottata dal giudice di primo grado e mai prospettata dalle parti, essendo compito del giudice (anche d'appello), individuare correttamente la legge applicabile, con l'unico limite rappresentato dall'impossibilità di immutare l'effetto giuridico che la parte ha inteso conseguire.

(Conforme: Cass., sez. 3 civ., 28 giugno 2010, n. 15383)

RO.NE.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 5 novembre 2010, n. 1160 - Pres. Maglione - Rel. Castiglione - D.P.G. (Avv. Rollero) c. A.M.T. S.p.a. (Avv. Allegri).

PROCEDIMENTO civile - legittimazione passiva - trasferimento a titolo particolare del diritto controverso in corso di causa - sussistenza - fattispecie.

(Art. 111 c.p.c.)

Il trasferimento a titolo particolare del diritto controverso nel corso del processo non spiega alcun effetto sul rapporto processuale che continua a svolgersi tra le parti originarie (nella specie nella quale si discuteva se l'apertura di due finestre su un muro perimetrale di uno stabile avesse costituito una servitù di veduta, la Corte d'Appello ha ritenuto sussistente la legittimazione passiva dell'appellato in grado d'appello, nonostante quest'ultimo già alcuni anni prima avesse trasferito la proprietà dello stabile ad un terzo).

TZ.LND.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 15 dicembre 2010, n. 4585 - Giudice Unico Vinelli - F. (Avv. Salvadori) c. S. S.r.l. (Avv. Crespi e Ramoino) e c. B. S.r.l. in liquidazione.

PROPRIETÀ - azioni di rivendicazione - onere probatorio - necessità.

(Artt. 948, 1158 c.c.)

Qualora l'azione intentata sia da qualificarsi quale azione di rivendicazione della proprietà, spetta all'attore l'onere di provare che il bene da lui rivendicato è stato da lui acquistato a titolo originario o che gli è pervenuto attraverso una serie ininterrotta di trasferimenti da chi lo aveva già acquistato a detto titolo, ovvero

che tale serie di trasferimenti si è protratta per il tempo necessario ad usucapire. L'attore è dunque il primo a dovere indicare il titolo in base al quale afferma il proprio diritto di proprietà sulla cosa posseduta dal convenuto.

Inoltre, la titolarità del bene non può neppure desumersi dalla proposizione della domanda riconvenzionale di usucapione del convenuto. Infatti, anche aderendo alla impostazione giurisprudenziale che ritiene attenuato il rigore probatorio in caso di domanda o eccezione riconvenzionale, va rilevato come tale attenuazione sia da intendersi nel solo senso di ritenere sufficiente la dimostrazione della sussistenza di un valido titolo di trasferimento dal proprietario originario ma non sopperisce comunque alla totale assenza di allegazione del titolo stesso.

(Nel caso di specie, il Giudice aveva preliminarmente qualificato come azione di rivendicazione la domanda attrice e ciò sulla base del tenore letterale dell'atto di citazione e delle conclusioni ivi contenute, escludendo pertanto che l'azione potesse essere qualificata quale azione personale di ripetizione né quale azione di regolamento di confini, posto che era stata allegata alcuna incertezza circa i confini delle proprietà confinanti. Così qualificata la domanda, il Giudice ha quindi rigettato, per i motivi suddetti, tanto la domanda attrice quanto la domanda riconvenzionale di parte convenuta in quanto ha ritenuto non provato da entrambi il diritto di proprietà del bene oggetto della causa. Anche parte convenuta, infatti, avrebbe dovuto dimostrare che la domanda di usucapione era rivolta contro l'effettivo proprietario del bene, circostanza appunto non provata).

F.RPT.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 22 marzo 2011, n. 1212 - Pres. Rel. Roberto Braccialini - S. B. (Avv. Siringo) c. Coop. a r.l. in liquidazione (Avv. Piga).

PROCEDIMENTO civile - spese di amministrazione - conflitto tra società cooperativa e socio prenotario - rapporto di pregiudizialità tra opposizione a decreto ingiuntivo e giudizio civile.

Sussiste rapporto di pregiudizialità processuale nell'ipotesi di pendenza o, comunque, di non definizione di due giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo instaurati da una società cooperativa edilizia avverso due ingiunzioni condominiali aventi titolo nel saldo delle spese di amministrazione condominiale, a fronte del successivo giudizio instaurato dal socio prenotario contro l'ingiunzione ottenuta dalla stessa società cooperativa per il recupero delle medesime spese. Infatti, vista la mancata possibilità di riunione e/o riassegnazione dei giudizi (sentenza non definitiva e/o trattenimento a sentenza della causa) occorrerà attendere il passaggio in giudicato delle decisioni che definiscono detti giudizi per poi definire l'opposizione. Sotto diverso profilo, sussiste rapporto di pregiudizialità "sostanziale" per quanto riguarda il giudizio relativo ad ulteriori spese di amministrazione condominiale - anch'esse oggetto dell'ingiunzione ottenuta dalla società cooperativa nei confronti del socio - vista la pendenza di altro giudizio avente ad oggetto la domanda di risoluzione di un contratto "preliminare" di prenotazione immobiliare a suo tempo concluso dal socio della società cooperativa con la stessa atteso, che la conferma della risoluzione contrattuale comporterebbe la caducazione della pretesa della cooperativa per il pagamento delle spese di amministrazione oggetto dell'opposizione.

M.C.V.

Tribunale di Genova, 21 marzo 2011, n. 1209 - Giudice Unico Vinelli - C.G. e R.V. (Avv.ti A. e A.D. Petrelli) c. N.F. (Avv.ti G. e F. Razeto).

PROPRIETÀ - luci e vedute - rimessione in pristino stato - criteri - muro - presunzione di comunione.

(Artt. 880, 904, 905, 1027, 1102, 1117, 1120 e 1350 c.c.)

L'eliminazione di vedute abusive non deve necessariamente essere risposta dal giudice mediante demolizione di quelle porzioni immobiliari costituenti il "corpus" della violazione denunciata, ben potendo, invece, la violazione medesima essere altrimenti eliminata, mediante l'adozione di idonei accorgimenti, che - pur contemperando i contrastanti interessi delle parti - rispondano ugualmente al precetto legislativo da applicare nel caso concreto.

(Conf.: Cass. 2959 del 14.02.2005)

Qualora in virtù della coesistenza di due edifici, il muro che li divide è da ritenersi comune - in virtù della presunzione di comunione sancita dall'art. 880 cod. civ. riguardo ai muri che separano entità prediali omogenee -, il venir meno di tale coesistenza, per la demolizione, in tutto o in parte, di uno dei due edifici, non immuta lo stato giuridico presunto, sicché resta a carico di chi invoca la proprietà esclusiva l'onere di dimostrare che, in realtà, la comunione non sussisteva al tempo della contemporanea esistenza dei due edifici o è venuta a cessare per un fatto posteriore, idoneo a trasferire il dominio.

(Conf.: Cass. 2145/1972)

In tema di uso della cosa comune, è illegittima l'apertura di un varco praticata nel muro perimetrale dell'edificio condominiale dal comproprietario per mettere in comunicazione un locale di sua proprietà esclusiva ubicato nel medesimo fabbricato con altro immobile pure di sua proprietà estraneo al condominio; infatti, tale utilizzazione, comportando la cessione a favore di soggetti estranei al condominio del godimento di un bene comune, ne altera la destinazione, giacché in tal modo viene imposto un peso sul muro perimetrale che dà luogo a una servitù, per la cui costruzione è necessario il consenso scritto di tutti i partecipanti al condominio.

(Conf.: Cass. 9036 del 19.04.2006; nello stesso senso Cass. 3035 del 06.02.2009)

Tribunale di Genova, sez. II civ., 5 novembre 2009, n. 3888 - Morsillo (Avv. Dongo) c. Di Carlo (Avv.ti Buffa).

RESPONSABILITÀ civile - danno alla persona - spese di cura - utilizzazione di strutture private - rimborsabilità - limiti - onere della prova.

La scelta da parte del danneggiato di non usufruire delle strutture del Servizio Sanitario Nazionale ma di rivolgersi a strutture private, pur rientrando nella libertà di cure, non può gravare sulla parte danneggiante, avendo ciò comportato un aggravamento del danno ex Art. 1227, Comma II Cod. civ., che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

Secondo la Corte di Cassazione "Il diritto al rimborso di spese sostenute in strutture private è subordinato alla impossibilità di ottenere adeguatamente e tempestivamente le stesse prestazioni in strutture pubbliche o convenzionate con il S.S.N. ; il relativo onere probatorio grava sull'assistito che chiedi il rimborso, ad entrambe le condizioni previste" (Cass. civ., sez. Lavoro, 13 Maggio 2003, n. 7351)

G.M.T.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 2 febbraio 2011, n. 509 - Giudice Unico P. Bozzo-Costa - A. (anche quale legale rappresentante del figlio minore G.) c. Associazione Creativi della Notte Music for Peace e c. Toro SpA di Ass.ni.

RESPONSABILITÀ civile - nesso causale - prova - atti di procedimento penale anteriori al rinvio a giudizio - dignità di prova nel processo civile.

RESPONSABILITÀ civile - sinistro stradale con esito mortale - uccisione di prossimo congiunto - danno biologico - danno non patrimoniale - qualificazione - danno jure successionis - c.d. "danno terminale" - criteri di risarcimento - mancato consolidamento di pregiudizio da ristorare - esclusione del risarcimento.

Sulla prova del nesso causale : la produzione nel giudizio civile di atti relativi al procedimento penale anteriori alla richiesta di rinvio a giudizio, in quanto atti irripetibili, hanno dignità di prova e rendono superflua la richiesta di CTU e prova orale sui medesimi fatti.

Sul danno biologico : il criterio fondamentale di liquidazione del danno biologico (componente fondamentale del danno non patrimoniale) è quello enunciato dalla Sent. Trib. Genova, II sez. civ. n. 2270 del 28/9/1998 (R. Molonia c. SAPA SpA - R. G. 3008/1992), con l'abbandono del metodo di calcolo legato al triplo della pensione sociale, ed adottando quello del c.d."punto tabellare" da ultimo perfezionato dal Tribunale di Milano.

Sul danno non patrimoniale jure proprio: il danno non patrimoniale per lesione della salute in conseguenza di fatto illecito (che, nella specie, integrava il reato di omicidio colposo, oltre a violare il diritto alla salute costituzionalmente garantito) comporta l'obbligo di risarcimento inteso in senso unitario, secondo la lettura costituzionalmente orientata dell' Art. 2059 Cod. civ. data dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione (SS.UU. n. 26972/2008, e precedentemente nn. 171144/2006, 14302/2006, 20323/2005).

Le sopra riportate pronunzie della Corte Suprema autorizzano a fare ritenere eliminate le sotto-categorie del danno c.d. esistenziale.

I profili di pregiudizio del danno biologico e della I. T.P. attengono ad un aspetto "statico e dinamico medio", quale danno fisiologico eguale per ogni vittima ricavato dalle tabelle.

La nuova voce di danno biologico "personalizzato" (in precedenza denominata dalla giurisprudenza "danno esistenziale" e liquidata in base percentuale sulla I.P.) fa riferimento invece agli specifici aspetti dinamico-relazionali conseguenti alla compromissione della salute della singola vittima, e quindi variabili da caso a caso (con specifico onere probatorio), calcolata in percentuale rispetto alla I.P. secondo le indicazioni di cui agli Artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni del 2005, di cui la Corte di Cassazione ha evidenziato la portata generale.

L'assunto della risarcibilità del danno non patrimoniale nelle sole ipotesi previste dalla Legge consente di effettuare una bipartizione tra i casi in cui la risarcibilità è prevista in modo espresso (es. : quando il fatto illecito integra gli estremi di un reato) e quelli in cui la risarcibilità del danno consegue ad una interpretazione costituzionalmente orientata dell' Art. 2059 Cod. civ., per avere il fatto illecito vulnerato in maniera grave un diritto della persona direttamente tutelato dalla Costituzione.

La Suprema Corte già dal 2008 ha individuato i familiari della vittima quali a propria volta dirette vittime di un pregiudizio alla serenità familiare, tutelato dalla Costituzione agli Artt. 2 e 29, e risarcibili a prescindere da ogni riferimento penalistico.

La separazione del danno non patrimoniale dalla matrice penalistica del danno morale si giustifica con due argomenti:

> il fatto che tale pregiudizio inerisce direttamente a valori della persona protetti a livello costituzionale

> il fatto che il rinvio dell'Art. 2059 Cod. civ. ai casi determinati dalla Legge certamente contempla il riferimento anche alle disposizioni della Costituzione che proteggono valori fondamentali della persona umana.

La Corte di Cassazione in merito al danno non patrimoniale da uccisione di prossimo congiunto ha condotto una operazione qualificatoria con una ricostruzione organica, tale da ridare autonomia alla previsione di cui all'Art. 2059 Cod. civ. e svincolandola da letture penalistiche.

Quello che in caso di uccisione di prossimo congiunto si va a risarcire è l'intera gamma delle perdite maturate nella sfera delle relazioni interpersonali, affettive, non temporanee né suscettibili di riscontro medico-legale e neppure di valutazione "tabellare".

Alle sopra menzionate decisioni della Suprema Corte occorre fare riferimento anche per quanto riguarda i parametri da porre a fondamento per il risarcimento del caso concreto, con l'esclusione delle ipotesi in cui il lutto degeneri in vera e propria malattia psichica.

I precedenti del Tribunale di Genova: anche prima delle decisioni delle SS.UU. Del 2008 il Tribunale di Genova riteneva di adottare un sistema liquidatorio ampio ed onnicomprensivo; quello che veniva denominato "danno morale" non era inteso come il solo pregiudizio transeunte costituito dalle "lacrime" e dal "dolore" immediato collegato alla perdita del congiunto (che costituisce invece il c.d. danno morale soggettivo), ma comprendeva anche il permanente pregiudizio nella sfera degli affetti, delle relazioni interpersonali, più in generale nelle attività realizzatrici della personalità umana, oggetto della protezione dell'Art. 2 della Costituzione.

Già dal 1982 (Sent. dell'1 Luglio 1982, Est. Dott. Quaglia, Capelli c. Unione Subalpina) il Tribunale di Genova aveva introdotto parametri e criteri liquidatori che nulla avevano a che vedere con la dimensione "immediata" e transitoria del lutto, ma che si conciliavano piuttosto con le perdite significative e definitive di un patrimonio di relazioni personali, affetti, emozioni comuni, nell'esperienza personale e nella vita familiare, che si avvicinano alla nozione di "compromissione della qualità di vita".

Sul danno *Jure Successionis*: in assenza di una linea decisionale univoca sul punto del c.d. "danno terminale" (riferibile al periodo di permanenza in vita del danneggiato tra il sinistro e la morte), vengono enucleati i seguenti principi-guida, derivabili dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione:

> non è risarcibile in capo al de cuius un danno c.d. da "perdita della vita" (V.Cass., sez. III civ., 16/5/2003, n. 7632 e Cass., sez. III civ., 19/10/2007, n. 21976), ma è risarcibile un danno biologico che si verifichi nel lasso di tempo tra l'evento lesivo e la morte

> è risarcibile altresì un danno morale, sia in caso di stato di consapevolezza, sia in caso di inconsapevolezza della persona lesa (V.Cass., 6/10/1994, n. 8177, Cass., 1/12/2003, n. 18305)

> per la risarcibilità di tali danni occorre un apprezzabile lasso di tempo tra la lesione e la morte, anche se breve (anche di 24 ore - V.Cass., n. 21976/2007), rilevando accanto alla durata anche l'intensità del dolore

> la quantificazione del danno biologico in oggetto non può essere quella del c.d. "danno consolidato" (da liquidarsi cioè come se il danneggiato fosse sopravvissuto per il tempo corrispondente alla ordinaria aspettativa di vita), bensì quello subito per il tempo effettivo di sopravvivenza (V.Cass., 1/12/2003, n. 18305)

> visto che il risarcimento del danno biologico è volto a reintegrare il

soggetto leso di una utilità perduta in via definitiva, nessun risarcimento è possibile ove la sopravvivenza del danneggiato si sia protratta solo per un periodo brevissimo, inidoneo a fare consolidare il pregiudizio da ristorare, diverso da quello letale

> tale principio vale anche per il danno morale, che parimenti richiede il consolidamento in capo al danneggiato del patema d'animo o del turbamento psichico diverso da quello patologico, non configurabile nel caso di sopravvivenza per un periodo minimo.

Sul danno patrimoniale da lucro cessante / da danno patrimoniale futuro (con riferimento ad un minore): la liquidazione non può che essere effettuata per via equitativa, trattandosi di prova altamente difficoltosa e riferibile (per uno dei soggetti del caso di specie) ad una autonomia economica raggiungibile in un futuro ancora lontano (12/15 anni dopo il fatto).

Sugli interessi compensativi: il criterio per il calcolo degli stessi va derivato dalla Sent. cass. SS.UU. 17/2/1995, n. 1712, secondo cui gli interessi sui debiti di valore vanno calcolati sulla somma corrispondente al valore della somma al momento dell'illecito, via via rivalutata anno per anno sulla base degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati.

G.M.T.

Giudice di Pace di Massa, 30 dicembre 2010, n. 520 - Giudice Sutera Sardo.

RESPONSABILITÀ civile - sinistro stradale - mancata applicazione della procedura di "indennizzo diretto" - litisconsorzio necessario.

In caso di sinistro stradale a cui non si applichi la procedura di "indennizzo diretto", a causa della mancata conferma della copertura assicurativa della vettura danneggiante, se l'attore decide di agire in giudizio nei confronti della compagnia di assicurazioni garante per la R.C.A. del veicolo responsabile del sinistro, deve evocare in giudizio, oltre al responsabile civile, anche il proprietario del veicolo che ha causato il sinistro.

(Nel caso di specie l'attore ha evocato in giudizio la compagnia assicuratrice del veicolo responsabile del sinistro, poiché durante la fase stragiudiziale la compagnia di assicurazioni garante per la rc auto del danneggiato, alla quale questi aveva rivolto la richiesta di risarcimento del danno, aveva comunicato che il sinistro non poteva essere gestito secondo la procedura di "indennizzo diretto", a causa della mancata conferma della copertura assicurativa del veicolo responsabile del sinistro).

A.F.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 14 gennaio 2011, n. 45 - Pres. Bonavia - Rel. Gandolfo - C. (Avv.ti Calcajno e Natali) c. Ministero Istruzione.

RESPONSABILITÀ civile - Istituto scolastico - qualificazione giudiziale della responsabilità - responsabilità extracontrattuale - sussiste - obbligo al risarcimento in caso di liquidazione assicurativa - ammissibilità nei casi di rinuncia dell'assicuratore al diritto di rivalsa.

Quando la parte ricorrente si limiti a descrivere l'evento e a dedurre la responsabilità dei convenuti, senza alcuna specificazione sulla natura contrattuale o meno della predetta responsabilità e senza indicare nessuna norma da porre a fondamento della stessa, il giudice adito, autonomamente, può qualificare il regime giuridico della responsabilità di parte convenuta. (1)

Il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca è responsabile ex articolo 2043 c.c. quando la Direzione didattica non adotti, in considerazione dell'età degli studenti, misure efficaci per impedire il verificarsi di un evento astrattamente prevedibile. Non sono sufficienti a liberare la Pubblica Amministrazione dalle sue responsabilità, l'adozione di mere misure di controllo a distanza degli alunni da parte del personale della struttura, o l'istituire gli alunni in merito all'utilizzo delle apparecchiature e degli arredi presenti nell'edificio. (2)

Il danneggiato può agire per il risarcimento totale, senza che il responsabile possa opporgli l'avvenuta riscossione dalla compagnia assicuratrice di parte della somma, quando quest'ultima abbia rinunciato al proprio diritto di rivalsa nei confronti del secondo. (3)

Nota redazionale

(1-2) La sentenza in commento affronta un problema che, in giurisprudenza, trova una serie di precedenti interessanti ed, in parte, difformi. Un breve richiamo alla giurisprudenza contemporanea, che adotta soluzioni diverse rispetto a quelle fatte proprie dalla Corte genovese, sembra necessario al fine di offrire una completa rappresentazione del panorama giuridico del quale si è, ai giorni nostri, testimoni.

Preliminarmente, deve essere osservato come, da circa un decennio, nella giurisprudenza della Corte di cassazione si sia consolidato un principio in forza del quale il titolo di responsabilità del Ministero della pubblica istruzione, nel caso di alunni che subiscono danni durante il tempo in cui dovrebbero essere sorvegliati dai docenti e dal personale della struttura didattica, sarebbe duplice e possa essere fatto valere contemporaneamente. Il titolo sarebbe contrattuale nel caso in cui le parti attrici fondino la domanda specificatamente sulla violazione dell'obbligo di controllo degli alunni, mentre sarebbe extracontrattuale qualora la domanda sia fondata sul generale principio del *neminem ledere*. La parte danneggiata potrebbe, dunque, scegliere se far valere una sola tra le due responsabilità, ovvero se farle valere entrambe. Parte della giurisprudenza ha infatti notato come, al pari di quanto avviene in campo medico, l'iscrizione presso la scuola determina il sorgere di un'obbligazione negoziale classificabile in quella classe di "contratti sociali" di elaborazione giurisprudenziale, creati a tutela della parte socialmente debole. In giurisprudenza, sul punto di cui sopra, v. Cass. civ., 3 febbraio 2011, n. 2559, inedita; Cass. civ., 15 febbraio 2011, n. 3680, in *Guida al Diritto*, 2011, pag. 47; Giudice di Pace di Bari, 18 ottobre 2010, n. 7903, inedita; Cass. civ., 3 marzo 2010 n. 5067, in *Giust. civ. Mass.* 2010; Trib. Bari, 3 aprile 2008, n. 850, inedita; Cass. civ., 18 novembre 2005, n. 24456, in *Il civilista*, 2009, 94; Cass. civ., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, pag. 2635. Sulla possibilità per il giudice di qualificare liberamente la fattispecie come responsabilità contrattuale, ovvero come responsabilità extracontrattuale, quando entrambe le azioni siano esperibili e le parti del processo non abbiano posto a fondamento delle loro domande nessuna specifica norma v. Cass. civ., 11 maggio 2007, n. 10830, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 5. Sul riparto dell'onere probatorio in materia contrattuale puntualmente richiamato dalle decisioni di cui sopra, v. Cass. civ., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, 349.

In ogni caso, sia che gli attori decidano di fondare la propria domanda deducendo la violazione dell'obbligo contrattuale di sorveglianza assunto con l'accettazione del bambino nell'isti-

tuto, sia che fondino la domanda deducendo violazione del generale principio del *neminem ledere*, traspare chiaramente dalla giurisprudenza come l'elemento centrale del giudizio verta sulla prevedibilità dell'evento che ha causato il danno, o che ha indotto l'alunno ad auto-infliggersi il danno nel caso in cui si sia accidentalmente ferito senza l'intervento di soggetti terzi. Nel caso in cui venga promossa un'azione per risarcimento del danno ex art. 2043 c.c., gli attori dovranno dimostrare la prevedibilità dell'evento, specialmente tenendo in considerazione l'età del danneggiato. In caso di azione promossa ex art. 1218 c.c., il Ministero, per liberarsi da ogni responsabilità, dovrà dimostrare in giudizio l'imprevedibilità dell'evento. Sul punto prevedibilità dell'evento v. Cass. civ., 22 luglio 2010, n. 17215, inedita.

Il problema affrontato nel caso di specie dalla Corte genovese, risulta essere sicuramente peculiare. Le parti non hanno, infatti, addotto nessuna norma a fondamento della loro domanda, lasciando al giudice il compito di valutare quale dei due regimi applicare. La Corte d'Appello, come si legge in massima, opta per l'applicazione degli schemi di cui all'articolo 2043 c.c.. Se è vero che nel caso concreto era stata fornita sufficiente prova (a detta dei Giudici) dell'evento e della sua prevedibilità, e l'azione era stata esperita nei giusti termini di prescrizione, deve necessariamente darsi atto di quella giurisprudenza di merito, apparentemente minoritaria (evidentemente dettata dalla peculiarità del caso che, come ricordato, non invocava la violazione di nessuna norma specifica), che, in evenienze quale quella in commento, afferma: quando gli attori del [...] giudizio [abbiano] omesso di specificare il regime di responsabilità invocato, contrattuale o extracontrattuale, ma [abbiano] comunque addotto a sostegno della propria domanda fatti che possono indifferentemente comportare responsabilità contrattuale ed aquiliana, [...] questo giudice ritiene che ogni qual volta ricorra una tale situazione la domanda debba interpretarsi e qualificarsi - nell'esercizio del potere-dovere attribuito al giudice dall'art. 112 c.p.c. - nel senso di ritenere, quanto meno in via presuntiva, che la parte danneggiata abbia inteso invocare la responsabilità contrattuale, in quanto regime sostanziale a cui corrisponde una posizione processuale privilegiata per chi agisce sotto il profilo della ripartizione dei carichi probatori, incombendo al debitore (l'istituto scolastico) l'onere di dimostrare che l'inadempimento o l'esatto inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (art. 1218 c.c.) (così Giudice di Pace di Bari, cit. e, a sostegno di questa posizione, Cass. civ., 11 maggio 2007, cit. nella parte in cui riconosce la possibilità per il giudice di qualificare la fattispecie come inadempimento contrattuale anche nel caso in cui la domanda attorea invochi unicamente la violazione del generale principio del *neminem ledere*). Chiare le conseguenze pratiche di questa posizione: gli attori potranno fruire di un termine di prescrizione decennale, in luogo di quello quinquennale previsto per le azioni di natura risarcitoria, con il vantaggio di dover assolvere, tra l'altro, ad un onere probatorio a loro più vantaggioso.

(3) Sul punto in questione può menzionarsi lo stesso precedente citato dalla Corte di appello di Genova in cui si legge, più genericamente rispetto a quanto dettato dai giudici di merito: ove [...] non risulti che l'assicuratore abbia esercitato tale facoltà, il danneggiato, anche se ha riscosso l'indennizzo, può agire per il risarcimento totale, senza che il responsabile possa opporgli l'avvenuta riscossione. Mancherebbe così l'e-

lemento della espressa rinuncia dell'assicuratore al proprio diritto di rivalsa, condizione che, per converso, sembrerebbe necessaria dalla lettura della sentenza genovese. Sul punto si veda Cass. civ., 24 febbraio 2004, n. 3544, in *Assicurazioni* 2004, 164, con nota di Mancino.

Stefano Dominelli

Tribunale di Genova, sez. I civ., 22 marzo 2011, n. 1211 - Giudice Unico Braccialini - Prefettura di Imperia (Avvocatura dello Stato) c. D. R. (contumace).

(Artt. 22 e ss., l. 24 novembre 1981, n. 689)

SANZIONI amministrative e depenalizzazione - opposizione - procedimento - vizi diversi da quelli dedotti con l'atto di opposizione - rilevanza d'ufficio - esclusione - fondamento

SANZIONI amministrative e depenalizzazione - opposizione - procedimento - vizi diversi da quelli dedotti con l'atto di opposizione - deducibilità alla prima udienza - esclusione - fondamento - fattispecie

Nel giudizio di opposizione a ordinanza - ingiunzione disciplinata dagli artt. 22 e 23 l. 24 novembre 1981 n. 689, i poteri decisorii del giudice sono delimitati dalla causa petendi fatta valere con l'opposizione stessa, sicché, salvo le ipotesi di inesistenza del provvedimento sanzionatorio, non sono rilevabili d'ufficio ragioni di nullità del provvedimento opposto o del procedimento che l'ha preceduto non dedotte dal ricorrente.

(conforme Cass, sez. lav., 5 agosto 2010, n. 18288)

Nel giudizio di opposizione a ordinanza - ingiunzione disciplinata dagli artt. 22 e 23, l. 24 novembre 1981, n. 689 non è consentita la presentazione di motivi aggiunti in udienza, visto che il procedimento in esame è strutturato come giudizio demolitorio di un atto amministrativo (sanzionatorio) nei limiti dei motivi di opposizione fatti valere con l'atto introduttivo (nel caso di specie il Tribunale ha annullato la sentenza di primo grado con cui il Giudice di Pace aveva dichiarato la nullità della cartella esattoriale opposta rilevando la mancata indicazione del responsabile del procedimento, motivo di nullità dedotto dalla ricorrente solo alla prima udienza e non nel ricorso introduttivo).

A.NIC.

Tribunale di Genova, Ord. 13 maggio 2009, Pres. Mazzagalanti - A. R. (Avv. G. Buffa) c. M. P. (Avv. S. Gallo).

SEPARAZIONE dei coniugi - modifica delle condizioni di separazione - prova testimoniale - necessità - limiti.

(Art. 709 ter e 710 c.p.c.)

Le dichiarazioni dei testi (per lo più prossimi congiunti del ricorrente o della convenuta) che possono avere motivo di risentimento nei confronti dell'una o dell'altra parte ovvero interesse, sia pure di mero fatto, alla definizione della controversia in una determinata direzione, devono essere reputate comunque attendibili, se le stesse sono confermate da testi estranei ai rapporti intercorrenti tra le parti e in ogni caso è naturale che le persone meglio informate sui fatti della presente tipologia siano i familiari delle parti stesse. L'applicazione delle sanzioni presuppone l'attualità dell'esercizio della potestà parentale da parte del genitore al quale le stesse sono inflitte.

F.MA.

Tribunale di Chiavari, 23 marzo 2011, n. 509 - P.L. c. C.S.

SEPARAZIONE dei coniugi - ordini di protezione contro gli abusi familiari - eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso ex art. 342 bis c.c. - rigetto.

(Artt. 342 bis e 342 ter c.c.)

SEPARAZIONE dei coniugi - ordini di protezione contro gli abusi familiari in sede di reclamo - episodio di lesioni intra moenia - prova - certificato medico di P.S. - atto di denuncia querela - prova civile (mezzi di) - valutazione delle prove - rigetto del ricorso.

(Artt. 342 bis c.c. - 342 ter c.c. - 115 c.p.c. - 116 c.p.c.)

L'avvenuto deposito del ricorso per separazione giudiziale e l'intervenuta fissazione della udienza di comparizione personale dei coniugi, non preclude la proposizione del ricorso ex art. 342 bis c.c..

La ricorrenza di un solo episodio di violenza fisica ai danni del coniuge, isolato e assolutamente minore, non è idoneo a legittimare l'adozione di un ordine di protezione contro gli abusi familiari e ciò tanto più se a fronte di difformità tra quanto narrato dall'istante nell'atto di denuncia querela e poi in ricorso ex art. 342 bis c.c.

F.MA.

Tribunale di Genova, 11 dicembre 2010 - Giudice Unico Casanova - F. (Avv. Abbate) c. Banca Carige SpA (Avv. Marchese).

SOCIETÀ - modifiche societarie - registro delle imprese.

(Art. 2196 c.c.)

SOCIETÀ - procura speciale - scrittura privata - formalità - opponibilità.

(Artt. 2193, 2196 c.c.)

BANCA - assegno - centrale d'allarme interbancaria.

(Art. 1 Legge 386/1990)

La mancata annotazione delle modifiche societarie di una S.p.A. nel registro delle imprese non incide sulla loro effettiva sussistenza (nella specie cessazione dalla carica di amministratore unico).

In ambito societario, una procura speciale redatta a mano nelle forme di scrittura privata non autenticata, senza alcuna data certa e non iscritta nel registro delle imprese, è inidonea a integrare il rispetto di quelle precise regole di pubblicità necessarie affinché la nomina di un procuratore speciale di una società di capitali o le modifiche ad essa inerenti siano opponibili ai terzi ai sensi dell'art. 2193 c.c. (nella specie il rappresentante legale di una società avrebbe conferito una procura speciale priva delle prescritte formalità legittimando il soggetto nominato ad incassare somme dovute alla società e a pagare i debiti a mezzo assegni o contanti).

È legittimo il comportamento della Banca che a fronte della presentazione di un assegno emesso da un soggetto estraneo alla società titolare del conto corrente, manda insoluto l'assegno ai sensi dell'art. 1 Legge 386/1990 e procede alla comunicazione alla Centrale d'Allarme Interbancaria.

EU.MI.

Tribunale di Albenga, 31 agosto 2010 - Giudice Unico Princiotta - L.M. e L.A. (Avv. Vincenzi) c. Condominio Marietta (Avv. Feltrin) c. C. (contumace) e c. Sepel sas (Avv. Vincenzi).

SPESE giudiziali in materia civile - comportamento "ambiguo" tenuto dalla parte prima del giudizio - conseguenza sul regime delle spese - compensazione - possibile sussistenza.

(Artt. 90 e segg. c. p. c.)

Il comportamento "ambiguo" tenuto da una delle parti prima dell'instaurazione del giudizio, può comportare la sussistenza di gravi ragioni, al fine di compensare le spese processuali.

RO.NE.

Corte d'Appello di Genova, 13 gennaio 2011, n. 33 - Pres. Realini - Rel. Latella - B. (Avv.ti Calisi e Nasuti) c. C. (Avv.ti Pomero).

SUCCESSIONE ereditaria - testamento olografo - annullamento del testamento per incapacità naturale del testatore - onere della prova.

L'annullamento di un testamento per incapacità naturale del testatore postula l'esistenza non già di una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive del de cuius, bensì la prova che a cagione di una infermità transitoria o permanente, ovvero di altra causa perturbatrice, il soggetto sia privo in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti, ovvero della capacità di autodeterminarsi, con il conseguente onere, a carico di chi quello stato di incapacità assume, di provare che il testamento fu redatto in un momento di incapacità di intendere e di volere.

FR.SCA.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 24 marzo 2011, n. 1259 - Giudice Unico Mario Tuttobene - T. N., L. V., B. V. (Avv. G. Fonzi) c. L. N. (Avv.ti F. Tiscornia e M. Capponi) e c. D. N. (Avv. L. Soliman).

SUCCESSIONE ereditaria - petizione dell'eredità - testamento olografo - copia fotostatica - prova testimoniale - efficacia - limiti.

(Artt. 679 ss., 2724, n. 3, 2725 c.c.)

Dalla natura del testamento, atto tipicamente a forma vincolata e caratterizzato dalla sua sempre perdurante revocabilità, deriva che chi agisce in giudizio disponendo solo di una copia fotostatica dell'atto può ricorrere alla prova testimoniale solo se prova che, da un lato, la copia è conforme al documento originale esistente al momento dell'apertura della successione e che è stato incolpevolmente perso e che, dall'altro, la scomparsa del documento non è in alcun modo riconducibile alla sua volontaria soppressione da parte del testatore, posto che tale comportamento integrerebbe una revoca del testamento stesso.

Questa prova può essere fornita solo allegando e dimostrando le circostanze in cui è avvenuta la sparizione dell'originale ed esse devono essere dimostrate in modo sufficientemente univoco da eliminare ogni dubbio circa il fatto che non si versi in un caso di revoca del testamento. (Nel caso di specie, gli attori avevano

prodotto solo una copia del testamento olografo, esponendo che l'originale era andato perso incolpevolmente. I testimoni avevano confermato, nel corso dell'istruttoria, che l'appartamento della de cuius era stato trovato a soqquadro pochi giorni dopo la morte della stessa e che nella fotocopia prodotta la grafia era effettivamente della de cuius nonché che, in epoca prossima alla sua morte, la de cuius aveva confermato di volere mantenere le proprie disposizioni testamentarie in senso conforme a quanto contenuto nella scrittura. Il Giudice ha tuttavia ritenuto che tutte queste circostanze fossero del tutto inidonee all'accoglimento della domanda attrice, poiché l'unica volontà che rileva ai fini della successione è quella che risulta da un documento scritto, di cui i testimoni devono potere riferire in maniera certa e diretta).

F.RPT.

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 24 dicembre 2010, n. 1326 - Pres. Realini - Rel. Maistrello - E.D. (Avv. Masetti) c. Eredità Giacente F.A. (Guglieri).

VENDITA - dichiarazione espressa del venditore della libertà del bene - onere d'indagine a carico del compratore - insussistenza - responsabilità del venditore - sussistenza - conoscenza dei pesi ed oneri o apparenza degli stessi - irrilevanza - fattispecie.

(Art. 1489 c.c.)

In presenza di espressa dichiarazione del venditore che l'immobile venduto è libero da oneri e vincoli, l'acquirente è esonerato da qualsivoglia indagine, operando a suo favore il principio dell'affidamento nell'altrui dichiarazione, con effetto che, se la stessa è contraria al vero, il venditore è responsabile nei confronti dell'acquirente, sia se i pesi sul bene erano facilmente riconoscibili, sia, a maggior ragione, se essi non erano apparenti (nella specie la Corte d'Appello in riforma della sentenza di primo grado ha ritenuto che il compratore avesse diritto alla riduzione del prezzo di compravendita di un immobile, acquistato all'asta, a causa dell'irregolarità edilizia di un vano del medesimo, avendo il venditore garantito che l'immobile era libero da pesi e vincoli e non avendo provato di essere esente da colpa, poiché nella perizia di stima dell'immobile non era stata evidenziata tale irregolarità e non si era tenuto conto dell'oggettivo minor valore dell'immobile ricollegato all'esistenza dell'abuso edilizio).

TZ.LND.

Tribunale di Albenga, 24 ottobre 2009 - Giudice Unico Princiotta - Ardagna (Avv. Bruno) c. Bolognesi Galati.

USUCAPIONE - usucapione di proprietà pro quota di bene indiviso - ammissibilità.

(Artt. 1158 e segg. c.c.)

È ammissibile l'usucapione della proprietà pro quota di un bene indiviso, non postulando tale modo di acquisto un possesso esclusivo; pertanto non ricorre un'ipotesi di litisconsorzio necessario fra tutti i comproprietari pro indiviso nel caso di domanda di accertamento dell'intervenuta usucapione proposta nei confronti di alcuni soltanto di essi, per le relative quote.

(Conforme: Cass., sez. 2, 1 ottobre 1997, n. 9557).

RO.NE.



**Professionalità ed esperienza
al servizio del cliente**

**Consigli adeguati alle
necessità individuali**

Presenza costante

**Proposte di assicurazioni
flessibili e moderne**

**Assistenza nella trattativa di
sinistri**

**Soddisfazione alle esigenze di
sicurezza e protezione del
singolo, della famiglia e del
gruppo**

**Coperture assicurative totali
per artigiani, professionisti,
aziende**

Mutui e prestiti personalizzati

**Pensioni integrative e
investimenti capitali**

in una parola ...

*Santi Marina
Assicurazioni*

*Corso Europa, 353/B
16132 Genova*

*Tel/Fax 010-381349
Cel. 3392467049
mail genovad@groupama.it*

Massime annotate

Corte di Appello di Genova, sez. I civ., 17 dicembre 2010, n. 1300, Pres. Torti - Rel. Silva - P. (Avv.ti Milazzo e Ruggiero) c. Presidenza Consiglio dei Ministri.

RESPONSABILITÀ civile - mancata o tardiva attuazione di direttive comunitarie - risarcimento dei danni - natura.

RESPONSABILITÀ civile - violazione obbligo imposto ex lege - sussistenza - fondamento - conseguenze - dolo e colpa - necessità - esclusione - determinazione del risarcimento - misura idonea a compensare la perdita subita.

PRESCRIZIONE - prescrizione ordinaria - sussistenza.

(Fattispecie relativa alla mancata attuazione delle direttive n. 75/362/Cee e n. 82/76/Cee, non autoesecutive, in tema di retribuzione della formazione dei medici specializzandi)

In caso di omessa o tardiva trasposizione da parte del legislatore italiano nel termine prescritto delle direttive comunitarie sorge, il diritto degli interessati al risarcimento dei danni che va ricondotto allo schema della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione "ex lege" dello Stato, di natura indennitaria per attività non antiggiuridica, dovendosi ritenere che la condotta dello Stato inadempiente sia suscettibile di essere qualificata come antiggiuridica nell'ordinamento comunitario ma non anche alla stregua dell'ordinamento interno. Il relativo risarcimento (nel caso di specie derivante dall'impossibilità, per i medici specializzandi, di ricevere la retribuzione prevista dalle direttive 75/362/CEE e 82/76/CEE, non autoesecutive e non trasposte nell'ordinamento italiano nel termine previsto), avente natura di credito di valore, non è subordinato alla sussistenza del dolo o della colpa e deve essere determinato, con i mezzi offerti dall'ordinamento interno, in modo da assicurare al danneggiato un'adeguata compensazione della perdita subita in ragione del ritardo oggettivamente apprezzabile, restando assoggettata la pretesa risarcitoria, in quanto diretta all'adempimento di una obbligazione "ex lege" riconducibile all'area della responsabilità contrattuale, all'ordinario termine decennale di prescrizione. (1)

S.D.

(1) Nota redazionale

1. Le origini dell'obbligo al risarcimento del danno derivante dalla mancata attuazione delle direttive comunitarie: la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

La sentenza della Corte d'appello genovese, la cui massima qui brevemente si commenta, si apprezza per la fedeltà al più recente orientamento della Corte di cassazione in tema di risarcibilità del danno derivante dal mancato od inesatto recepimento delle direttive dell'Unione Europea da parte dell'ordinamento nazionale. Prima di addentrarci nell'analisi di questa recente decisione, e della relativa giurisprudenza difforme (che, nonostante l'intervento delle Sezioni Unite, continua ad adottare soluzioni diverse rispetto a quella prospettata dalla Suprema corte, accendendo, o meglio, mantenendo acceso, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale - non solo ligure -) pare opportuno, data la riconosciuta complessità

dell'argomento, sviluppare le premesse giuridiche e storiche che sottendono al caso in esame.

Il principio della responsabilità civile dello Stato nei confronti dei cittadini, in caso di mancata, tardiva od inesatta trasposizione delle direttive comunitarie, è stato affermato dalla Corte di giustizia dell'allora Comunità Europea, in un *leading case*(1) ben noto che, di fatto, ancora oggi individua gli elementi necessari e sufficienti in presenza dei quali lo Stato può essere condannato al risarcimento del danno per il fatto di cui in oggetto. Secondo la giurisprudenza comunitaria, la responsabilità civile dello Stato sorgerebbe, volendo riassumere, quando la direttiva non trasposta nel diritto interno determini in capo ai privati cittadini, dei diritti, ancorché non precisi e definiti solo allo stato embrionale, il cui contenuto minimo può essere desunto dalla direttiva stessa e, ovviamente, sussista un nesso eziologico fra il danno subito dal privato e l'inadempimento statale(2). In nessun caso lo Stato può invocare la mancanza di condizioni soggettive, quale dolo o colpa, per giustificare la propria condotta. Quella che si configura nel caso di specie è, dunque, una responsabilità oggettiva dello Stato nei confronti dei propri cittadini pregiudicati dalla mancata, o non corretta, trasposizione delle direttive comunitarie che, per il loro tenore sufficientemente chiaro e preciso, attribuirebbero, se fossero auto-esecutive, una serie di diritti in capo ai cittadini europei(3).

Questa giurisprudenza, il cui implicito obiettivo è quello incentivare lo Stato ad adeguarsi alla normativa non trasposta, se non altro per evitare una serie di ricorsi giurisdizionali "a cascata", è stata con il tempo specificata ed affinata(4), benché i caratteri essenziali siano rimasti immutati nel tempo. La Corte di giustizia ha dunque dato vita alla responsabilità civile dello Stato verso i propri cittadini nei casi in cui questi siano pregiudicati dalla mancata trasposizione delle direttive dell'Unione nel diritto interno. La Corte tuttavia, non potendo fare altro, non ha invece dato indicazioni in merito alla natura di questa responsabilità. Di conseguenza, saranno i singoli ordinamenti nazionali a predisporre i rimedi necessari per garantire il risarcimento del danno patito dal cittadino(5).

2. La giurisprudenza italiana.

I giudici italiani sono dunque chiamati a qualificare la natura della responsabilità statale per il mancato adeguamento del diritto interno alle direttive comunitarie.

Due sono i filoni giurisprudenziali dei quali siamo stati testimoni. Il primo atteggiamento della Corte di cassazione è stato di forte chiusura, rispetto alla possibilità per il cittadino di ottenere il risarcimento del danno causato da inerzia del legislatore. Secondo la più datata giurisprudenza, il diritto comunitario non riconoscerebbe ai cittadini un diritto al corretto esercizio, da parte dello Stato, del potere legislativo. In questo senso, l'omissione del Parlamento non è qualificabile come illecito dal quale discenderebbe il diritto al risarcimento del danno(6). In altre parole, la funzione legislativa, essendo espressione della discrezionalità politica del Parlamento, non sarebbe sindacabile in sede giurisdizionale.

Il secondo orientamento afferma, per converso, che il mancato recepimento delle direttive dell'Unione è un illecito rilevante nell'ordinamento comunitario, con effetti in seno all'ordinamento nazionale. Rimane ferma l'idea che il comportamento

statale non costituisca un illecito nel diritto interno, ma si prende atto che l'omissione statale è qualificabile come un illecito nei confronti dell'Unione in grado di pregiudicarne tutti i membri, inclusi i cittadini. In questo senso, la responsabilità statale viene inquadrata nello schema della responsabilità extracontrattuale di cui all'articolo 2043 c.c., con la conseguente applicazione del termine di prescrizione quinquennale, e il riparto probatorio tipico dell'illecito civile(7).

In questo travagliato quadro giurisprudenziale intervengono le Sezioni Unite della Cassazione(8) che, sorprendentemente, notano come in capo allo Stato italiano sussista un obbligo, *ex lege* imposto, di recepimento delle direttive comunitarie, e l'unico strumento di diritto interno con il quale soddisfare pienamente i requisiti richiesti dalla Corte di giustizia sarebbe quello della responsabilità contrattuale. Tale strumento di tutela giurisdizionale, in mancanza di un espresso contratto fra le parti, deve necessariamente essere riadattato al contesto del caso *de quo* (si parla, infatti, di un credito/debito di natura indennitaria e non risarcitoria), senza che questo perda tuttavia i tipici caratteri in tema di onere probatorio e termine prescrizione del diritto azionato. In questo modo, recependo le istruzioni della sentenza *Francovich*, si impedirebbe allo Stato di eccipire la mancanza dell'elemento soggettivo, senza il quale, nelle more dello schema della responsabilità extra-contrattuale, non si potrebbe essere altrimenti condannati al risarcimento del danno(9).

3. Il panorama giurisprudenziale contemporaneo.

Come si è precedentemente accennato, la sentenza della Corte d'Appello di Genova deve essere salutata con favore per l'adesione alla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, posto che queste non hanno, in nessun modo, composto il contrasto giurisprudenziale.

Ancora oggi, alcune corti(10) cercano strenuamente di difendere, per quanto possibile, la discrezionalità dell'azione legislativa. Non potendo, evidentemente, continuare ad affermare l'insindacabilità dell'azione (od omissione) legislativa, quei giudici, ben a mente delle implicazioni economiche delle proprie sentenze, criticano l'impostazione delle Sezioni Unite e continuano a ricorrere allo schema di cui all'articolo 2043 c.c., imponendo di conseguenza un più complesso onere della prova in capo al cittadino che avrà a disposizione solo cinque anni di tempo per far valere i propri diritti in giudizio. Insomma, nonostante una consolidata giurisprudenza comunitaria e l'intervento delle Sezioni Unite, sul punto discusso sarà necessario conoscere dettagliatamente la giurisprudenza delle singole corti e dei singoli tribunali per verificare quali domande possano, o meno, essere rivolte al giudice.

Stefano Dominelli

*Dottorando di Diritto Internazionale
Dipartimento G.L.M. Casaregi
Università degli Studi di Genova*

(1) Il *leading case* al quale si fa riferimento è la sentenza *Francovich* c. Italia, Corte di giustizia del 19.11.91, cause riunite C-6/90 e C-9/90. La sentenza della Corte di giustizia ha suscitato in dottrina sentimenti non unanimi. Benché alcuni autori salutino, o abbiano salutato, con piacere la decisione della Corte di Lussemburgo perché, in ragione del principio di effettività, poneva sostanzialmente fine all'epoca della completa discrezionalità politica (ed insindacabile in sede giurisdizionale) della funzione legislativa, altri autori, in sostanza criticando il *judicial activism* della Corte, non ritengono opportuna l'evoluzione del

diritto comunitario, oggi diritto dell'Unione Europea, per mezzo della giurisprudenza dei Giudici. La costruzione dell'ordinamento comunitario dovrebbe essere portata avanti per mezzo della regolamentazione giuridica delle Istituzioni rappresentative degli Stati membri e dei cittadini dell'Unione, piuttosto che in forza dell'opera interpretativa della Corte, chiamata, almeno in teoria, solo ad interpretare il diritto comunitario e garantirne il rispetto, non anche a creare nuove forme di responsabilità civile dello Stato inadempiente. Nessun dubbio, dunque, che la decisione *Francovich* sia stata una delle più commentate.

Sul punto, in dottrina, per le diverse tesi si vedano Di Majo, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, pag. 445; Roppo, *La Responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito "costituzionale" del legislatore)*, in *Contratto e Impresa Europa* (a cura di Galano e Bin), Padova, 1999, pag. 99; Temple Lang, *The Principle of Effective Protection of Community Law Rights*, in *Judicial Review in European Union Law* (a cura di O'Keefe e Bavasso), Aia, 2000, pag. 245 e Alpa, *La responsabilità civile. Parte Generale*, Milano, 2010, pag. 965.

(2) Il principio in forza del quale i cittadini possono far valere giurisdizionalmente la responsabilità dello Stato che abbia omesso di adeguare il diritto interno, ovvero che abbia trasposto in modo errato la normativa di una direttiva il cui contenuto sia chiaro, incondizionato e sufficientemente preciso, era già stato affermato dalla Corte di giustizia in diverse occasioni. Sul punto si vedano per tutte *Smit Transport BV c. Commissie Grensoverschrijden Beroederenvervoer*, causa C-126/82 del 25 gennaio 1983 e *Auer c. Pubblico Ministero*, causa C-271/82 del 22 settembre 1983.

(3) Sembra appena il caso di accennare che l'azione di risarcimento del danno per la mancata trasposizione delle direttive dell'Unione nel diritto interno, può essere promossa solo nei confronti dello Stato inadempiente. Alle direttive non è riconosciuto in nessun caso il c.d. effetto orizzontale. Questo per dire che il privato cittadino, ad esempio il datore di lavoro o l'impresa, che non applichi le norme di una direttiva - ancorché queste siano sufficientemente precise - il cui termine per l'adeguamento sia spirato, non potrà essere considerato come soggetto inadempiente del diritto dell'Unione, posto che è solo sullo Stato membro che incombe l'obbligo giuridicamente vincolante di adeguare il diritto interno al contenuto della direttiva (in tal senso si veda *Faccini Dori c. Recreb*, causa C-91/92 del 14 luglio 1994 ove la Corte di giustizia, dovendosi pronunciare in merito alla possibilità per un privato di far valere contro un'impresa la direttiva CEE 85/577 per la tutela dei consumatori in caso di contratti conclusi fuori dai locali commerciali, ha affermato, confermando la precedente giurisprudenza, come la possibilità di invocare nei confronti di enti pubblici le direttive, il cui termine di adeguamento sia inutilmente trascorso, sia fondata sulla natura cogente dell'articolo 189 del Trattato istitutivo (nella versione all'epoca vigente) che obbliga lo Stato a trasporre le normative dell'Unione nel diritto interno.

(4) Per una dettagliata disamina dell'evoluzione della giurisprudenza *Francovich*, si rinvia a Bona, *La tutela risarcitoria statale delle vittime dei reati violenti ed internazionali: la responsabilità dell'Italia per la mancata attuazione della direttiva 2004/80/CE*, in 3 *Resp. civ. e prev.*, 2009, pag. 662, spec. pag. 690 e ss..

(5) Così la sentenza *Francovich*, cit., ai paragrafi 42 e ss.: *[...] è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato. Infatti, in mancanza di una disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario (v. le seguenti sentenze: 22 gennaio 1976, Russo, causa 60/75, Racc. pag. 45; 16 dicembre 1976, Rewe, causa 33/76, Racc. pag. 1989; 7 luglio 1981, Rewe, causa 158/80, Racc. pag. 1805).*

Occorre rilevare inoltre che le condizioni, formali e sostanziali, stabilite dalle diverse legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento.

(6) In questo senso, si veda per tutte, Cass. civ. sez. Lav. del 18 ottobre 1995, numero 10617, in *Resp. civ. e prev.*, 1996, pag. 309 (con nota di Caranta), ove si legge: *deve escludersi che dalle norme dell'ordinamento comunitario possa farsi derivare, nell'ordinamento italiano, il diritto soggettivo del singolo all'esercizio del potere legislativo e comunque la qualificazione in termini di illecito, ai sensi dell'articolo 2043 c.c., da imputarsi allo Stato-persona, di quella che è una determinata conformazione dello Stato-ordinamento; conseguentemente, lo Stato non è legittimato passivo nell'azione risarcitoria per la mancata trasposizione della Direttiva [...].*

(7) In questo senso si vedano Cass. civ. sez. III del 16 maggio 2003, n. 7630, in *Danno e resp.*, 2003, pag. 719 (con nota di: Scoditti), in *Danno e resp.*, 2003, pag. 836 (con nota di: Conti), in *Giur. it.*, 2003, pag. 2393 ove si legge come *in tema di risarcibilità del danno subito dal singolo in conseguenza della mancata attuazione di direttiva comunitaria non autoesecutiva da parte del legislatore italiano, deve riconoscersi il diritto del privato al risarcimento del danno, sia che l'interesse leso giuridicamente rilevante sia qualificabile come interesse legittimo sia come diritto soggettivo, qualora lo Stato membro non abbia adottato i provvedimenti attuativi nei termini previsti dalla direttiva stessa e allorché si verificano le seguenti condizioni, conformemente ai principi più volte enunciati dalla Corte di giustizia: a) che la direttiva preveda l'attribuzione di diritti in capo ai singoli soggetti; b) che tali diritti possano essere individuati in base alle disposizioni della direttiva; c) che sussista il nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il pregiudizio subito dal soggetto leso.* In senso conforme si vedano Cass. civ. sez. III del 12 febbraio 2008, n. 3283, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, pag. 1578 e Cass. civ. sez. Lav. del 11 marzo 2008, n. 6427, in 3 *Giust. civ. mass.*, pag. 394.

(8) Cass. civ. sez. Un. del 17 aprile 2009, n. 9147, in 4 *Giust. civ. mass.*, 2009, pag. 638; 4 *Foro amm. CDS*, 2009, pag. 911 (s.m.); 3 *Dir. comm. internaz.*, 2009, pag. 709 (s.m.) (con nota di Rapisarda); 1 *Europa e dir. priv.*, 2010, pag. 311 (s.m.) (con nota di Guffanti Pesenti); 6 *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, pag. 1667. Si legge, nella massima della decisione citata che *In caso di omessa o tardiva trasposizione da parte del legislatore italiano nel termine prescritto delle direttive comunitarie (nella specie, le direttive n. 75/362/Cee e n. 82/76/Cee, non autoesecutive, in tema di retribuzione della formazione dei medici specializzandi) sorge, conformemente ai principi più volte affermati dalla Corte di Giustizia, il diritto degli interessati al risarcimento dei danni che va ricondotto - anche a prescindere dall'esistenza di uno specifico intervento legislativo accompagnato da una previsione risarcitoria - allo schema della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione "ex lege" dello Stato, di natura indennitaria per attività non antigiuridica, dovendosi ritenere che la condotta dello Stato inadempiente sia suscettibile di essere qualificata come antigiuridica nell'ordinamento comunitario ma non anche alla stregua dell'ordinamento interno. Ne consegue che il relativo risarcimento, avente natura di credito di valore, non è subordinato*

alla sussistenza del dolo o della colpa e deve essere determinato, con i mezzi offerti dall'ordinamento interno, in modo da assicurare al danneggiato un'adeguata compensazione della perdita subita in ragione del ritardo oggettivamente apprezzabile, restando assoggettata la pretesa risarcitoria, in quanto diretta all'adempimento di una obbligazione "ex lege" riconducibile all'area della responsabilità contrattuale, all'ordinario termine decennale di prescrizione.

(9) In questo senso, si recepisce chiaramente quella parte della giurisprudenza comunitaria che non consentirebbe agli Stati di invocare la mancanza dell'elemento soggettivo per non essere dichiarato responsabile del danno causato. Pare, tuttavia, utile notare come questa sia solo un adeguamento di stampo formale quando si parla, come nel caso di specie, di responsabilità statale per tardiva attuazione delle direttive dell'Unione Europea. Dalle sentenza della Corte di giustizia emerge chiaramente come la colpa sia *in re ipsa* in tutti quei casi in cui uno Stato tardi, od ometta completamente, la sua azione di adeguamento del diritto interno alle direttive il cui termine sia scaduto. In tal senso si veda Erich Dillenkofer et. al. contro Germania, Cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94, del 8 ottobre 1996, par. 25 e ss., nella parte in cui si legge [...] *la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per accertare l'esistenza di una violazione sufficientemente grave e manifesta [...]* [C]ome nella causa Francovich e a., uno Stato membro, in violazione dell'art. 189, terzo comma, del Trattato, non prenda alcuno dei provvedimenti necessari per raggiungere il risultato prescritto da una direttiva, entro il termine fissato da quest'ultima, tale Stato membro viola, in modo grave e manifesto, i limiti posti all'esercizio dei suoi poteri.

(10) In questo senso è la decisione del Tribunale di Roma sez. civ. II del 17 maggio 2010 apparsa in 9 *Resp. civ. e prev.*, 2010, pag. 1879 (con nota di Faltoni, op. cit.) nella parte critica la posizione assunta dalle Sezioni unite poiché, sostanzialmente, si andrebbe a riconoscere al cittadino un diritto a che lo Stato legiferi in un determinato modo, ovvero in accordo con gli impegni internazionalmente assunti. Secondo la Corte romana, i medici specializzandi non alleggerirebbero la lesione di un diritto soggettivo a che lo Stato legiferi, ma alleggerirebbero, piuttosto, la lesione di un diritto loro riconosciuto dall'ordinamento comunitario. Il Tribunale di Roma, nella sentenza in oggetto, non manca poi di notare come sia discutibile l'affermazione che *l'attività del legislatore possa essere riguardata come illecita nell'ordinamento comunitario, ma non in quello interno. Ciò tradirebbe non solo la convinzione, ma la diffusa regola della sovraordinazione dell'ordinamento comunitario a quello interno, così che la violazione del primo ad opera del secondo non possa che essere antigiuridica anche nell'ambito del diritto nazionale. [...] ne deriva che non si può sostenere l'idea che la violazione del diritto comunitario rilevi come fatto antigiuridico solo nell'ambito del diritto comunitario, e non già nell'ambito del diritto interno. [...] L'illecito del legislatore è un illecito di derivazione comunitaria, ossia un illecito la cui fattispecie nasce con criteri fissati dalla Corte di giustizia, ma che è apprezzabile nel diritto interno in base all'art. 2043 c.c., con il quale è pienamente compatibile.*

In senso conforme v. Trib. Catanzaro del 10 aprile 2009, in 24 *Guida al diritto*, 2009, pag. 53 e ss..

restaurant
YUAN

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



Sezione Famiglia e Minori

Sentenze e Ordinanze

Tribunale per i Minorenni di Genova, 27 settembre 2010
- Pres. Sansa - Est. Atzeni - PM. conforme.

ADOZIONE - minore - requisiti per dichiarare lo stato di adottabilità - irreversibilità della situazione di abbandono.

La reiterata assenza della madre, la sua tossicodipendenza irrisolta, la convivenza della genitrice con la nonna materna del minore, persona con difficoltà personali, da quest'ultima non riconosciute e per cui non accetta alcun sostegno, costituiscono indubbe ragioni di rischio irreversibile per lo sviluppo psicofisico del bambino.

I tempi di recupero dei genitori e dei parenti tenuti a provvedervi incidono nella situazione di abbandono ed è necessaria la dichiarazione dello stato di adottabilità allorché il genitore o il parente entro il 4° non voglia - o non possa nei tempi di crescita del bimbo - collaborare efficacemente agli interventi riabilitativi personali offerti dai Servizi preposti, determinando così il sacrificio e la compromissione dell'interesse del minore ad acquisire una stabile ed adeguata collocazione familiare.

(...Omissis...)

Svolgimento del processo

Il 3 luglio 2008 il Pubblico Ministero chiedeva l'apertura di una procedura di adottabilità con riguardo al piccolo E, figlio di N persona già a lungo seguita dal Tribunale per i Minorenni di Genova per le sue problematiche familiari, da poco maggiorenne e gravemente tossicodipendente così come il suo compagno B S, che peraltro non aveva espresso l'intenzione di riconoscere il bambino.

La nascita del piccolo presso l'Ospedale Villa Scassi di Sampierdarena a Genova, era stata segnalata quello stesso 3 luglio 2008 dalla Polizia Giudiziaria.

La situazione familiare del neonato appariva preoccupante perché già con la relazione del 30 maggio 2008 il Servizio Sociale del Comune di Genova aveva riferito le gravi condizioni psicofisiche della N, che conduceva una vita errabonda, vagando per i vicoli della città in condizioni igieniche precarie, disattendendo i controlli ginecologici necessari al suo stato. Inoltre, il 12.5.2008, il Servizio delle Dipendenze della ASL n. 3 aveva comunicato che la giovane donna aveva interrotto i contatti con gli specialisti del Sert, sin dall'ottavo mese di gravidanza.

Il percorso riabilitativo della giovane era stato anche in precedenza discontinuo; ella aveva chiesto l'ingresso in una comunità per coppie, col compagno B, senza peraltro mantenere gli impegni assunti relativi all'assunzione regolare di metadone così come all'espletamento dei test tossicologici. Lo stato di grave deterioramento della N e l'assenza di risorse familiari adeguate, aveva determinato l'adozione del provvedimento del T.M. 4.07.2008, col quale si disponeva la verifica dell'eventuale stato di abbandono del minore, il suo affidamento al Servizio Sociale del Comune di Genova, perché ne curasse la migliore collocazione - almeno inizialmente - non insieme alla madre, la quale avrebbe dovuto provare la sua seria volontà di recupero per un congruo periodo di

tempo, preferibilmente in comunità terapeutica.

Nello stesso provvedimento si richiamava l'assenza di una rete familiare di supporto della giovane N, la cui madre già nel corso del procedimento di Volontaria Giurisdizione relativo alla figlia minore, non aveva mai riconosciuto la necessità di accettare i sostegni educativi proposti dagli operatori sociali.

La mancata cooperazione di C al programma di recupero della figlia era stata valutata seriamente pregiudizievole per N già nel 2003, in quanto aveva reso impraticabili quegli interventi che avrebbero potuto limitare la situazione di rischio della giovane (vedasi decreto del 19.5.2003 di questo T.M. in atti).

Costei, dapprima segnalata al Tribunale per i Minorenni per inadempimento scolastica dalla Direzione didattica delle scuole medie inferiori, aveva assunto, con gli anni, condotte sempre più trasgressive, fino ad allontanarsi da casa e a far uso di stupefacenti.

L'indagine socio familiare svolta all'epoca aveva evidenziato un'infanzia di solitudine, seguita alla separazione dei genitori, ed un'adolescenza connotata da scarsità di controlli e assenza di una guida educativa da parte della madre, con la quale si era trasferita in altra zona della città all'età di sette anni, dopo un periodo trascorso presso il nucleo dei nonni materni con la stessa madre.

Il padre, gravemente tossicodipendente, era deceduto (v. verbale d'istruzione audizione di C del 20.6.2003 in atti).

Gli operatori sociali avevano evidenziato, già allora, l'ambivalenza e l'insufficiente cooperazione della C in vista dell'attuazione del progetto riabilitativo in favore della figlia.

Nella relazione sociale del febbraio 2003 allegata agli atti, si legge che la sig.ra C nel giugno 2002 aveva lamentato difficoltà educative e rapporti conflittuali con la figlia e che ella era stata invitata con la giovane ad "una prima serie d'incontri con l'Assistente sociale e con lo Psicologo, Consulente del Distretto Sociale".

"Dal mese di giugno 2002 al mese di novembre 2002", tuttavia, "la sig.ra C e sua figlia N non si presentavano agli incontri fissati, né comunicavano il motivo delle loro assenze". Alla fine di novembre 2002, la condotta scolastica della ragazza diveniva viepiù preoccupante poiché risultavano oltre alle continue assenze, anche "il suo inneggiare alla cocaina" ed i gravi insulti agli insegnanti.

C, il 28 novembre 2002 veniva richiamata, dagli operatori sociali, alla responsabilità del suo ruolo genitoriale e all'obbligo scolastico cui era tenuta N. Le veniva altresì indicato di rivolgersi "al Consultorio Familiare di Rivarolo affinché il Neuropsichiatra Infantile potesse aiutarla a comprendere, definire e delimitare la problematica della figlia".

Tuttavia gli aggiornamenti del NOAC (Nucleo Operativo Assistenza Consultoriale) del gennaio 2003 risultavano assai poco rassicuranti giacché la sig.ra C si era recata ad un solo colloquio con la Neuropsichiatria Infantile.

La C riferiva, qualche tempo dopo, al NOAC e alla NPI una situazione apparentemente controllata della figlia, che si trovava in Piemonte presso la famiglia del nuovo fidanzato, ove N riferiva di trovarsi bene e di sentirsi ben accolta.

Tuttavia, contrariamente a quanto comunicato dalla C, nel febbraio 2003 perveniva al Distretto sociale una comunicazione telefonica allarmante: N si trovava a Torre Pellice, in Piemonte, presso la famiglia affidataria di un giovane affidato dal T.M.; la ragazza era divenuta un elemento di forte crisi nella vita del ragazzo, cui la stessa N aveva chiesto di procurarle stupefacenti. Il supporto fornito dalla famiglia affidataria al giovane, aveva scongiurato l'acquisto di droga.

Il Servizio sociale riferiva che "N era stata male nel fine settimana e della madre nessuna notizia".

L'assistente sociale indicava che nonostante la rete di sostegno attivata a favore del ruolo genitoriale della madre (Collaborazione con la Scuola, Accompagnamento con la Neuropsichiatria Infantile del Nucleo Operativo Assistenza Consultoriale, Sostegno da parte del Distretto Sociale di Rivarolo) apparivano chiare le condizioni di rischio di N, la quale aveva, all'epoca l'età di 15 anni, non risultava convivere con la madre ed era divenuta irripetibile (v. relaz. soc. del febbraio 2003 allegata agli atti)

La sig.ra C nonostante gli interventi attivati dai numerosi Servizi, volti al recupero della relazione educativa con la figlia, aveva mostrato una condotta progressivamente disimpegnata.

Benché fosse stata più volte contattata e richiamata al suo ruolo di genitore, al suo dovere di vigilanza nei confronti di N, aveva ripetutamente mostrato di non cogliere la gravità dei segnali di disagio della figlia: la sua inadempienza scolastica, scoperta ormai troppo tardi dalla stessa C, l'uso di stupefacenti, problema sottovalutato e non affrontato secondo le indicazioni dei servizi, l'inizio della vita errabonda fuori casa con la trasferta in Piemonte, di cui la donna non colse minimamente i rischi. Le informazioni tranquillizzanti fornite dalla C circa l'asserita serena e controllata sistemazione di N a Torre Pellice si erano rivelate infatti non corrispondenti alla realtà.

La C, inoltre, aveva lasciato sola la figlia nei momenti di maggior malessere, quando la relazione col giovane fidanzato affidato dal T.M., era entrata in crisi e la situazione di tossicodipendenza della ragazza si era fatta viepiù palese.

Neppure dopo tali eventi, madre e figlia avevano inteso collaborare con i Servizi sociali e con quelli della ASL, tanto che con decreto del 2.5.2005 il Tribunale per i Minorenni rilevava che erano "esauriti gli interventi di sostegno da parte del servizio sociale, rispetto ai quali non vi era collaborazione da parte della minore, né della madre".

Dalla fine del 2003 N aveva infatti interrotto ogni contatto col Sert, disertando i colloqui fissati (v. relazione del Comune di Genova del 16.8.2004).

Più tardi, nel maggio del 2008 il Dipartimento delle Dipendenze della ASL 3 Genovese riferiva che la ragazza era stata ricoverata presso l'Ospedale Villa Scassi per minaccia di parto prematuro e che il compagno, S B, era stato arrestato il 22.5.2008 per detenzione e spaccio di metadone. Egli viene definito come l' "unica persona che fino ad allora aveva prestato assistenza alla giovane" (cfr. relaz. del Sert del 23.5.2008).

Il Sert, pertanto, valutava l'opportunità della permanenza della N in una struttura sanitaria, in considerazione della estrema difficoltà riscontrata in precedenza di seguire la ragazza (ospite per un certo tempo presso il B) che oltre a disertare gli appuntamenti al Servizio, aveva rifiutato l'accesso agli operatori, durante la visita domiciliare.

La fragilità psicologica della N era altresì tale da "far temere comportamenti a rischio imprevedibili al momento del parto" ... (cfr. relazione sociale del 24.5.2008) .

E nasceva il xxx e risultava positivo alla ricerca di sostanze di abuso per oppiacei e metadone. In prima giornata venivano riscontrati inoltre tremori diffusi probabilmente riconducibili a problematiche di astinenza (v. relazione sociale del 29.8.2008 e relazione Clinica allegata). Le sue condizioni generali, ivi comprese quelle neuro-comportamentali si normalizzavano nei giorni successivi.

Il bimbo, nato da madre positiva a HCV e RNA, necessitava di periodici controlli auxologici e infettivologici per il monitoraggio dell'infezione HCV, nonché di accudimento ed attenzioni che richiedevano la sua collocazione in adeguata famiglia.

Il piccolo E veniva quindi dimesso il 4.8.2008 ed inserito in presso una famiglia a tempo determinato, ove grazie all'affetto e alle cure ricevute migliorava notevolmente le proprie condizioni psicofisiche, fino a raggiungere uno stato di salute ottimale.

I servizi sociali provvedevano altresì a stabilire un calendario d'incontri protetti tra il bambino e la madre, comunicate a mezzo posta e per telefono.

A tali incontri N non si presentava né cercava di mettersi in contatto con gli operatori del Distretto sociale (v. relazione sociale del 29.8.2008).

Con il provvedimento del T.M. 4.07.2008, già citato, N veniva sospesa dalla potestà sul figlio e convocata insieme alla nonna materna del piccolo E .

Il 16 settembre 2008, N dichiarava al giudice delegato di vivere col compagno S B presso l'abitazione del padre di questi, negava l'uso di stupefacenti assicurando la sua regolare frequenza al Sert, per l'assunzione giornaliera del metadone. Affermava di accettare un percorso riabilitativo in ambito comunitario solo se S B vi avesse aderito con lei, in una comunità per coppie.

Ammetteva di non aver più visto il figlio, ed esprimeva una generica disponibilità a visitarlo, confermando che i Servizi Sociali le avevano comunicato tale possibilità . Assumeva che il B non aveva riconosciuto E a causa di un litigio di coppia. La N si diceva inoltre favorevole all'affidamento del bimbo alla madre, C .

Costei, sentita lo stesso giorno, esprimeva la sua disapprovazione per lo stile di vita della figlia, che peraltro attribuiva ormai al passato. Asseriva che N assumeva il metadone da quando era in stato di gravidanza

Affermava altresì che N ha un carattere difficile e non collaborante e che perciò ella non era riuscita a gestirla nella fase della sua crescita. Aveva chiesto aiuto ai Servizi Sociali ma era rimasta inascoltata.

Riferiva che la figlia viveva presso il fidanzato B S , a completo carico del padre di questi; soggiungeva inoltre che N assumeva la terapia metadonica dall'inizio della gravidanza, che ella intendeva far ingresso col compagno in comunità e che aveva migliorato il suo rapporto con lei, tanto che si recava abitualmente nella casa familiare due volte alla settimana.

Dichiarava di svolgere l'attività di portalettere presso il Servizio Postale con orari 7,30 - 13,30, dal lunedì al sabato, di volersi prendere cura del nipote e di poter contare sull'aiuto dei bisnonni.

Le informazioni tranquillizzanti fornite dalla C circa la regolare adesione di N ad un programma terapeutico e la sua sistemazione presso il B , pur tossicodipendente, si rivelavano tuttavia - ancora una volta e, così come in passato (circa la collocazione di N in Piemonte) - troppo rosee .

Infatti, la nascita del piccolo E non aveva migliorato le con-

dizioni di N che dovette accettare la fine della relazione col B per volontà di questi, ed abbandonare il progetto di permanenza in una comunità per coppie.

La giovane anche dopo il parto aveva tenuto una frequenza irregolare al Sert (v. verbale di istruzione: audizione dell'Assistente Sociale Bellotti e del dott. Bruno del 20.7.2009). Solo all'inizio del 2009 N aveva ripreso i contatti col Sert, con la richiesta di entrare in una Comunità per coppie insieme al compagno S B (v. relaz. Del Sert del 14.12. 2009). Questi l'aveva seguita nella struttura individuata dal Sert, ma poco tempo dopo aveva interrotto la relazione con N , avanzando dei dubbi sulla paternità del piccolo E . Cosicché la giovane veniva trasferita in comunità terapeutica per singoli. Intanto, la sig.ra C domandava con ricorso l'affidamento del nipote.

Con decreto in data 3.12.2008 il Tribunale per i Minorenni riteneva opportuno valutare la relazione esistente tra la nonna materna e il piccolo E ed autorizzava gli incontri tra essi in forma protetta, alla presenza di un operatore qualificato. Veniva altresì disposta una Consulenza Tecnica d'Ufficio volta ad accertare le reali risorse affettive ed educative di N e di C , nonché a verificare l'idoneità della stessa C a prendere in affidamento il nipote.

Il 23 novembre 2009 il Consulente Tecnico d'Ufficio depositava la sua relazione; il giudice delegato concedeva alle parti il termine di trenta giorni per il deposito di memorie sul punto. Pochi giorni dopo la scadenza di tale termine (il 14.1.2010) N faceva ingresso nella Comunità terapeutica di Bessimo (v. verbale di audizione dell'educatrice Paola Lorenzin del 20.7.2010) .

Tuttavia verso la prima metà del mese di luglio 2010, la N veniva dimessa dalla struttura per condotte gravemente inosservanti del progetto di recupero.

Il 20 luglio 2010 gli operatori del Sert di Sampierdarena a Genova, convocati dinanzi al giudice delegato, riferivano che la giovane aveva disatteso le regole della comunità facendo uso di stupefacenti durante la sua permanenza in struttura ed introducendo droga nella stessa comunità.

Tali fatti avevano dunque determinato il suo rientro a casa della madre, come la stessa N aveva dichiarato agli specialisti del Sert il 10 luglio 2010 .

La ragazza si era presentata in quella data al Servizio Dipendenze per assumere il metadone e benché informata della procedura necessaria per un rientro in Comunità non aveva manifestato un intendimento in tal senso agli operatori del Sert, che soli avrebbero potuto riattivare il procedimento amministrativo per il suo reingresso. (v. verbale di audizione del Dott. Bruno del 27.9.2010)

Il rientro a casa della giovane era stato confermato poi dalla sig.ra C , che aveva riferito tale circostanza agli operatori del Sert e all'educatrice della Comunità di Bessimo. (v. verbale di audizione dell'educatrice Lorenzin Paola del 20.7.2010) Nel corso dell'istruttoria veniva sentita la psicologa del Comune di Genova la quale aveva verificato le risorse genitoriali della giovane N . Ella precisava che gli incontri tra il bambino e la N non erano stati mai attivati per mancanza di adesione di quest'ultima .

Il progetto originariamente proposto alla giovane dal servizio sociale era stato quello dell'inserimento di madre e figlio in comunità terapeutica. Tuttavia N aveva rifiutato tale proposta, e ,dopo il parto, uscita dall'ospedale, non aveva voluto nemmeno vedere il bambino.

Il piccolo E è stato accolto in una famiglia che lo ha guidato nel suo processo di recupero psicofisico, durante tutto il pe-

riodo di incerta riabilitazione della madre che fino al fallimento del luglio 2010 appariva comunque *in itinere* e precludeva la declaratoria dello stato di abbandono.

I Servizi Sociali hanno provveduto a collocare il minore presso una famiglia c. d. "NEAR", pertanto disponibile ad occuparsi del bimbo per il tempo necessario alla verifica delle risorse genitoriali e parentali . La coppia, inoltre, è di età avanzata. Pertanto i Servizi Sociali indicano l'opportunità di effettuare gradualmente l'inserimento di E in una famiglia adottiva (v. verbale d'udienza del 16.7.2010) . Gli attuali affidatari potrebbero comunque mantenere dei rapporti col piccolo E .

La psicologa del Comune di Genova ha riferito inoltre l'inadeguatezza della nonna materna nella relazione col nipote. Ha precisato che qualora il bambino fosse stato affidato alla nonna si sarebbe manifestato il pericolo di una sua triangolazione nell'ambito del conflitto tra madre e figlia, presente in tutta la storia familiare di N . La psicologa ha comunicato altresì che i rapporti tra la sig.ra C ed il minore, attivati su disposizione del T.M. al fine di favorire l'indagine del CTU, erano stati interrotti dagli operatori sociali all'esito della consulenza, in quanto non positivi.

Nel corso del procedimento venivano sentiti gli attuali collocatari del minore che confermavano le attuali buone condizioni psicofisiche del bambino e la loro completa disponibilità ad accompagnarlo nell'evolversi dell'eventuale futuro rapporto con la famiglia adottiva (v. verbale d'udienza del 16.7.2010) . Essi hanno anche dichiarato di esser felici di poter mantenere dei rapporti con E, se il Tribunale lo ritenesse opportuno.

Motivi della decisione

Il quadro probatorio acquisito ha evidenziato le negative condotte materne, connotate da grave irresponsabilità, trascuratezza materiale ed affettiva, nonché croniche assenze dalla vita del figlio di inequivocabile contenuto abbandonico. L'irreversibilità della lacerazione del rapporto madre-figlio è confermata dall'interruzione di tale relazione per decisione della N.

Si ricorda al riguardo che il piccolo E era stato dimesso dall'Ospedale Villa Scassi di Sampierdarena il 4.8.2010 ed inserito presso una famiglia "NEAR" e che come riferito dagli operatori sociali, la N benché sollecitata ad intrattenere rapporti col figlio, informata del calendario d'incontri da osservare nelle visite al bambino, non si era mai recata ad incontrarlo neppure una volta. N non aveva nemmeno cercato un contatto con gli operatori del Distretto sociale (v. relazione sociale del 29.8.2008) ed il progetto d'inserimento in comunità col bimbo, propostole dai Servizi, non aveva ottenuto la sua approvazione.

L'Assistente Sociale Bellotti del Sert di Genova riferirà al giudice delegato (v. verbale d'udienza del 20.7.2010) che la N - evidentemente consapevole delle proprie gravi difficoltà - le aveva confidato che non intendeva rovinare la vita al figlio e che rispettava il fatto che una famiglia se ne stesse occupando. Di lei l'educatrice della Comunità di Bessimo ha riportato l'immagine di una giovane insofferente alla collocazione in struttura riabilitativa, in stato di malessere e desiderosa di vivere senza regole. Come di fatto aveva vissuto per lungo tempo prima dell'ingresso in comunità. L'educatrice ha evidenziato altresì la necessità di un lungo cammino di recupero per N , prima che ella possa raggiungere l'obiettivo del superamento della dipendenza da sostanze .

La sua ricaduta nell'uso di stupefacenti, ad avviso dell'ope-

ratrice, ha inoltre allungato il percorso riabilitativo, giacché prima di riprendere il progetto comunitario occorre “lavorare molto su tale evento”. (v. verbale d’udienza del 20.7.2010)

La stessa N consapevole della gravità della sua condizione personale ha domandato l’affidamento del piccolo E , non per sé, ma per la madre C .

Al riguardo la relazione di consulenza tecnica, precisa e congruamente motivata, ha evidenziato come N non desiderasse il bambino, “ giunto per caso in un periodo di promiscuità sessuale ed abuso di droghe”, ella “ avrebbe voluto abortire ma ormai era troppo tardi per farlo” (cfr pag. 14 della relazione del CTU).

Il consulente riporta al riguardo che la N “ha chiesto pochi colloqui col personale di sostegno, da maggio a luglio solo due, l’ultimo nell’imminenza dell’arrivo” del CTU. (cfr pag. 21 della relazione del CTU) .

Già prima della dimissione dalla comunità, per inosservanza delle regole riabilitative, N ha dimostrato scarsa disponibilità alla vita comunitaria, svogliatezza nelle attività di turno, per cui doveva esser richiamata nell’esecuzione dei suoi compiti.

La giovane N viene descritta come “ancora presa dalle sue dinamiche di tossicodipendenza e dominata da problematiche adolescenziali” (cfr pag. 22 della relazione del CTU) . Ella ha un vissuto di solitudine e l’utilizzazione della droga appare in parte legata ad una difesa contro profondi e cronici sentimenti di deprivazione, alla difficoltà di creare rapporti affettivi autentici, basati sulla fiducia con gli altri, a causa dei traumi infantili ed in parte per evitare l’esperienza dell’angoscia (la morte del padre, l’invasività della madre, l’ambiente deprivante) e della depressione connessa alle precedenti esperienze (cfr pag. 17 della relazione del CTU). La giovane presenta, ad avviso del consulente, un disturbo di personalità ascrivibile alla “Sindrome da Dispersione dell’Identità”. Al momento in cui è stata redatta la relazione tecnica N si trovava ancora in comunità e già allora il consulente rilevava che il percorso di recupero da lei intrapreso appariva difficilissimo. (cfr pag. 19 della relazione del CTU).

Come già evidenziato, dopo l’uscita dalla comunità, la ragazza si era presentata al Servizio Dipendenze per assumere il metadone e, benché informata della procedura necessaria per un rientro in Comunità, non aveva manifestato un intendimento in tal senso agli operatori del Sert, che soli avrebbero potuto riattivare il procedimento amministrativo per il suo reingresso. (v. verbale di audizione del Dott. Bruno del 27.9.2010)

Oggi alla luce delle ripetute inosservanze della N alle prescrizioni impartite da questo Tribunale e del fallimento comunitario, deve ritenersi non più procrastinabile la collocazione del piccolo E presso una famiglia con aspettative adottive, che sappia dargli quel calore e quelle attenzioni che la madre gli ha sempre negato.

Il tempo offerto alla madre (due anni) per dimostrare il suo eventuale interesse per il figlio ha invece evidenziato inequivocabili sintomi di una carenza genitoriale grave che N non mostra di voler recuperare.

Non è più quindi opportuno nell’interesse, ormai urgente, del minore a crescere in un ambiente sano e con figure di riferimento stabili ed adeguate, attendere oltre .

Con riguardo all’istanza di affidamento della nonna, deve osservarsi che l’attuale rientro della giovane N presso l’abitazione materna esclude ogni possibile giudizio di adeguatezza dell’ambiente familiare della sig.ra C .

Le problematiche di tossicodipendenza irrisolte della N determinerebbero infatti situazioni difficilmente gestibili da parte della sig.ra C e comporterebbero l’esposizione del minore agli stili di vita degradati della madre, oltre che al rischio di assistere alle sue assunzioni di droga.

Si osserva al riguardo che gli operatori del Sert hanno chiaramente indicato che la N non assume regolarmente la terapia metadonica - che dovrebbe esser somministrata quotidianamente - e che in diverse occasioni, in particolare il giovedì e la domenica, ella non si è recata al Sert .

Ciò depone per una probabile continuata assunzione di stupefacenti da parte della N, avvalorata dal fatto che ella si rifiuta di sottoporsi ai test tossicologici (v. verbale di audizione del Dott. Bruno del 27.9.2010).

Deve osservarsi, inoltre, che anche qualora N non abitasse con la madre, in ogni caso, la Sig.ra C non appare adeguata a svolgere un ruolo sufficientemente, accuditivo, affettivo ed educativo nei confronti del piccolo E .

Al riguardo si evidenzia che la sig.ra C non ha mai collaborato con gli operatori sociali quando, in passato, essi avevano tentato di aiutarla nel difficile rapporto con la figlia.

Allora, C era stata richiamata più volte alla sua responsabilità di genitore.

Si ricorda che nella relazione sociale del febbraio 2003, allegata agli atti si indicava come la sig.ra C nel giugno 2002 aveva lamentato difficoltà educative e rapporti conflittuali con la figlia e che ella era stata invitata con la giovane ad “una prima serie d’incontri con l’Assistente sociale e con lo Psicologo, Consulente del Distretto Sociale”.

“Dal mese di giugno 2002 al mese di novembre 2002”, tuttavia, “la sig.ra C e sua figlia N non si presentavano agli incontri” fissati, “né comunicavano il motivo delle loro assenze”.

Alla fine di novembre 2002, la condotta scolastica di N diveniva vieppiù preoccupante poiché risultavano oltre alle continue assenze, anche “il suo inneggiare alla cocaina “ ed i gravi insulti agli insegnanti.

C , il 28 novembre 2002 veniva richiamata, dagli operatori sociali, alle sue responsabilità e all’obbligo scolastico cui era tenuta N . Le veniva altresì indicato di rivolgersi “al Consultorio Familiare di Rivarolo, affinché il Neuropsichiatra Infantile potesse aiutarla a comprendere, definire e delimitare la problematica della figlia”.

Tuttavia gli aggiornamenti del NOAC (Nucleo Operativo Assistenza Consultoriale) del gennaio 2003 risultavano assai poco rassicuranti giacché la sig.ra C si era recata ad un solo colloquio con la Neuropsichiatria Infantile.

La C ha sempre minimizzato la situazione della figlia (anche quando si trovava in Piemonte col fidanzato) così nascondendo un problema che - nonostante i richiami dei Servizi - non aveva evidentemente alcuna volontà di impegnarsi a risolvere.

La sig.ra C, nonostante gli interventi attivati dai numerosi Servizi, volti al recupero della relazione educativa con la figlia, ha mostrato una condotta progressivamente disimpegnata.

Il consulente ha rilevato che la sig.ra C presenta nel complesso una “Difficoltà alla Gestione ed al Controllo degli Impulsi, con rilevabili aspetti ansioso depressivi; la sua idoneità genitoriale è limitata da queste problematiche e dal fatto che non ha alcuna consapevolezza delle sue difficoltà emotive e di quelle della figlia”.

Ella "presenta un costante rifiuto a sottoporsi a interventi di Psicoterapia, Counseling o anche solo Sostegno psicologico. Presenta altresì "Difficoltà ad Ascoltare anche i più semplici suggerimenti." (cfr pag. 19 della relazione del CTU). A nulla può valere l'assunta disponibilità di supporto dei bisnonni, ormai troppo anziani per costituire una risorsa, né dell'amica babysitter della stessa C, persone certamente non sostituibili agli operatori sociali e ai sanitari, che sono deputati all'aiuto specialistico necessario per la sig.ra C.

Gli incontri attivati tra la C ed il minore hanno confermato le sue carenze genitoriali e le sue problematiche personali. Come rilevato dal consulente ella è sostanzialmente concentrata "sul fare", "invadendo il bambino con i suoi bisogni. La signora non ascolta i consigli e non riesce ad essere generosa e disinteressata nei confronti del nipote" (cfr pag. 12 della relazione del CTU).

Dalla relazione del consulente si evince che E "è un bambino a rischio di disagio psicologico, per le caratteristiche della sua vita prenatale e perinatale, caratterizzate dalle proiezioni patologiche della madre, dalle difficoltà dei primi mesi di vita trascorsi nell'ambiente deprimente dell'ospedale e per la situazione di precarietà che sta ancora vivendo nonostante le cure attente" degli attuali collocatari (cfr pag. 26 della relazione del CTU).

Il piccolo E dovrà svolgere un lungo percorso teso allo sviluppo della sicurezza in sé e del suo ruolo all'interno di un'adeguata famiglia. Questo percorso richiede, per il benessere del minore, da parte degli affidatari futuri un'attenta collaborazione con i Servizi Sociali - che implica il costante contatto con essi e l'adesione completa alle loro indicazioni - collaborazione che, se deficitaria, potrebbe compromettere irrimediabilmente l'evoluzione della nuova relazione familiare.

Per tale ragione, ad oggi, alla luce del reiterato rifiuto di collaborazione della Sig.ra C, della sua cronica chiusura agli aiuti esterni, della sua mancanza di dialogo con i referenti socio-sanitari e dell'indisponibilità a seguire le loro indicazioni, difettano i presupposti per procedere all'affidamento in suo favore del piccolo E.

Le allegazioni contenute nelle memorie difensive di N e della sig.ra C e la consulenza di parte depositata non appaiono sorrette da alcun elemento attendibile.

La consulenza di parte, nello specifico, appare generica e superficiale; per quanto riguarda la valutazione delle risorse delle stesse, basata su dati insufficienti ed elementari quali ad esempio che la nonna sia apprezzata in ambito lavorativo e (genericamente) sociale.

Pertanto gli elementi allegati dalle predette parti non possono assurgere a validi riscontri a sostegno delle tesi dalle stesse formulate.

Neppure appare opportuno - come richiesto dalla N - rinnovare la CTU espletata, correttamente ed esaustivamente svolta dal consulente nominato. Il conferimento di un nuovo incarico, oltre che inutile, darebbe luogo ad un ulteriore allungamento della procedura, a discapito dell'urgente interesse del minore ad essere accolto dalla famiglia adottiva.

Non si ritiene inoltre opportuno prevedere dei rapporti tra il bimbo e la madre e/o la nonna con ciò dissentendo dalle prime conclusioni del CTU, il quale, peraltro, non era a conoscenza del fallimento comunitario della N, avvenuto successivamente all'espletamento della consulenza.

Relativamente ai rapporti di E con la madre ci si può chiedere chi potrebbe esser in grado di garantire oggi che in futuro la N non perseveri nell'uso di stupefacenti.

Inoltre ci si può domandare chi potrebbe preservare questo bimbo, futuro adolescente, dai richiami del mondo deprivato della famiglia d'origine, qualora i rapporti con la genitrice fossero mantenuti, pur in ambito protetto.

Sappiamo quanto siano di difficile gestione gli adolescenti e quanta attenzione debba porsi quotidianamente per tenerli al riparo da simili esperienze ed influenze.

Alla luce di tali considerazioni è indubbio che il mantenimento dei rapporti di E con la madre costituirebbe per lui un serio rischio di pregiudizio.

Con riguardo ad eventuali rapporti del minore con la sig.ra C si sottolinea che questo Tribunale ha già valutato questa possibilità monitorando gli incontri tra E e la nonna, sottoponendoli all'esame del Consulente nominato.

Questi ha confermato il quadro della donna sempre delineato anche dai Servizi Sociali: impaziente, chiusa ad ogni suggerimento esterno, incapace di ascoltare i consigli degli esperti, non disponibile a sottoporsi ad un percorso di sostegno che possa eventualmente aiutarla nel rapporto con E (cfr pag. 13 della relaz. di ctu)

La C non ha voluto aiuti nel gestire la relazione con la figlia, pur nell'evidente elevata problematicità della sua situazione, e non ne vuole ora in quella, eventuale, col nipote.

Né, dopo anni e anni di reiterate condotte di indisponibilità a collaborare con operatori sociali e specialisti, si può credere che in un prossimo futuro, improvvisamente, la sig.ra C cambi seriamente atteggiamento.

È da considerare altresì che la condotta della C è sempre stata connotata da estrema ambivalenza con riferimento a N ed ai Servizi.

La nonna, inoltre, potrà indubbiamente costituire un legame tra E e la madre.

E potrebbe pertanto esser esposto, per il suo tramite, agli stessi richiami ed alle stesse negative influenze del mondo materno, che nessuno ci garantisce oggi sarà in futuro normato e privo di rischi.

Pertanto neppure rapporti protetti possono immaginarsi tra nonna e nipote sulla base di tali premesse.

Risponde dunque al preminente interesse del minore la dichiarazione del suo stato di adottabilità.

Le considerazioni esposte sono in linea con la giurisprudenza dominante che ha più volte affermato come deve esser considerato abbandono non solo il rifiuto intenzionale ed irrevocabile dell'adempimento dei doveri genitoriali, ma anche una situazione di fatto obiettiva del minore che impedisca o ponga in pericolo il suo sviluppo psico-fisico, a cagione del non transitorio difetto dell'assistenza morale e materiale a tal fine necessaria.

Va infatti precisato che lo stato di abbandono non postula necessariamente un'esplicita e definitiva volontà dei genitori, di non provvedere alle cure del figlio, né comunque una condotta colpevole degli stessi. L'intera disciplina dell'adozione, nell'arco dell'ultimo decennio, ha invero spostato l'attenzione dalla valutazione del comportamento dei genitori alla centralità dell'interesse del minore. In tale ottica si deve ritenere che punto cruciale per farsi luogo all'adozione sia l'incidenza della situazione familiare sulla personalità del minore, con la conseguenza che la declaratoria dello stato di adottabilità si giustifica ove tale situazione sia tale da compromettere in modo grave ed irreversibile lo sviluppo psico-fisico del minore stesso, considerate le sue particolari carat-

teristiche fisiche e psicologiche, l'età ed il grado di potenziale lo sviluppo raggiunto.

Pertanto l'istituto dell'adozione pur costituendo una "extrema ratio", deve essere utilizzato allorché il minore risulti privo di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi e di conseguenza esposto a gravi pericoli per la sua salute fisica e psichica (v. Cass. sez I civile 3.11.2009 n. 24589).

Nel caso di specie la reiterata assenza della madre, la sua tossicodipendenza irrisolta, la convivenza della N con la nonna del minore, persona con difficoltà personali, dalla stessa C non riconosciute e per cui ella non accetta alcun sostegno, costituiscono ,come già rilevato, indubbe ragioni di rischio irreversibile per lo sviluppo psicofisico di E .

Circa i tempi di recupero dei genitori e dei parenti tenuti a provvedervi occorre rilevare che la situazione di abbandono che rende necessaria la dichiarazione dello stato di adottabilità sussiste allorché il genitore o il parente entro il 4° non possa raggiungere in tempi che non sacrificino, compromettendoli, i diritti del figlio non solo una stabilità materiale, ma, soprattutto , un assetto interno più solido in grado di reggere le richieste di un minore in crescita (v. Corte D'appello di Trento sentenza del 27.5.2010, Pres. Nuzzi; Rel. Creazzo).

E ha atteso ormai tanto (più di due anni) il recupero della madre e la presa di coscienza della nonna della necessità di aiuto: Ciò non è avvenuto - nonostante tutti i tentativi ed i richiami dei Servizi Sociali e di questo T.M. Un'ulteriore attesa pregiudicherebbe indubbiamente la sua possibilità di attaccamento a valide e stabili figure genitoriali.

Gli attuali temporanei collocatari del bimbo (come già detto, persone di età avanzata, selezionate dal Servizio Sociale in relazione alla situazione contingente ed alla limitata disponi-

bilità di famiglie NEAR) lo accompagneranno nel graduale inserimento nella famiglia adottiva e potranno mantenere con E dei rapporti regolati dal servizio sociale, compatibilmente con l'interesse e con i desideri del minore.

P.Q.M.

Su conforme parere del P.M.

Visti gli artt. 2, 10 e ss. l. 184/83

Dichiara

Lo stato di adottabilità di E nato a Genova il xxx

Conferma

L'affidamento della minore al Comune di Genova.

La sospensione dalla potestà genitoriale della madre del minore e l'interruzione dei rapporti tra N e il figlio;

Rigetta

l'istanza di affidamento del minore proposta da C e

Conferma

l'interruzione dei rapporti tra la stessa C e il piccolo E

Manda

Al Servizio Sociale del Comune di Genova perché sostenga gli attuali temporanei collocatari del bimbo nell'accompagnamento al suo graduale inserimento nella famiglia adottiva, regolando i loro rapporti con E, compatibilmente con l'interesse e con i desideri del minore.

Manda la cancelleria per gli adempimenti di competenza; a mezzo fax al Comune di Genova.

Documenti

Contratti di convivenza e obbligazioni naturali. Appunti per una lezione

Andrea Fusaro

*Ordinario di Sistemi Giuridici Comparati
Università di Genova
Notaio in Genova*

1. È constatazione ormai risalente come al processo di progressiva acquisizione di rilevanza giuridica della famiglia di fatto corrisponda la degiuridificazione di quella fondata sul matrimonio: la contraddizione sarebbe solo apparente ove si consideri- con V. Roppo (voce "Famiglia di fatto" dell'Enc. Giur. Treccani)- che queste due tendenze "appartengono coerentemente ad un medesimo processo di sviluppo dei moderni ordinamenti di diritto familiare, che emblematicamente si riassume nel segnalato, tendenziale accostamento fra lo statuto giuridico dei rapporti di coniugio legale e lo statuto giuridico delle convivenze more uxorio, oggi sensibilmente più vicini di quanto non fossero in passato".

Le legislazioni straniere intervenute in tema di contratti tra conviventi possono dividersi in due categorie: mentre nella prima- dove spicca quella francese- è evidente l'intento di fornire uno strumento per tutte le coppie, la seconda - tipica tedesca- lo mette invece a disposizione in particolare per gli omosessuali, ed accentua il carattere para- matrimoniale. In Italia si è ormai escluso che i rapporti tra conviventi rimangano sorniti di ogni regolamentazione, dal rifiuto di formalizzare l'unione non potendosi inferire la rinuncia alla soggezione del diritto privato patrimoniale: viene, quindi, in rilievo la disciplina delle obbligazioni naturali, dell'arricchimento senza causa, delle obbligazioni solidali, della comunione ordinaria.

2. La soglia minima di tutela è rappresentata dal ricorso all'obbligazione naturale, nella concezione contributiva che è venuta a superare quella indennitaria o retributiva nella giurisprudenza della Suprema Corte, ravvisando sulla scorta dell'art.2034 c.c. un dovere di solidarietà che impegna entrambi i partner ad una reciproca assistenza morale e materiale (L. BALESTRA, "Le obbligazioni naturali", in "Tratt. Cicu-Messineo", Giuffrè, 2003)

Cass. 20.1. 1989, n.285 l'ha affermato addirittura rispetto ad una semplice "relazione sentimentale", per respingere la domanda di restituzione di una somma di denaro a suo tempo consegnata

Cass. 24. 11. 1998, n. 11894 per un caso analogo riguardante gioielli ha fatto, invece, capo alle regole in tema di donazione Cass. 13. 3. 2003, n. 3713 ha puntualizzato la necessità della proporzione all'entità del patrimonio ed alle condizioni sociali del solvens, escludendolo rispetto all'edificazione a spese dell'uno sul terreno dell'altro

3. La via contrattuale consente di varcare quella soglia, inoltre provvedendo un titolo azionabile a fronte dell'inadempimento.

Il "contratto di convivenza" non può contenere alcun obbligo a convivere, poiché urterebbe contro la libertà personale. Esso si occuperà, piuttosto, degli aspetti patrimoniali, prefigurando l'impostazione del ménage, sia sul piano contributivo sia rispetto agli acquisti.

Opportunamente si è ricordato (G. OBERTO, "I contratti di convivenza tra autonomia e privata e modelli legislativi", in "Contr. e impr. Europa", 2004, 17 ss.) come la giurisprudenza ravvisi nella convivenza una "impossibilità morale... di procurarsi una prova scritta "ai sensi dell'art.2724, n. 2, c.c., cosicché se ne è derivato il suggerimento di inserire nel contratto la scelta della forma scritta- consentita dall'art. 1352 c.c.-, onde evitare di subire prove per testi o presunzioni

4. La configurabilità del contratto di convivenza presuppone anzitutto risolta in senso affermativo la questione relativa alla trasformazione dell'obbligazione naturale in civile, nonostante lo sbarramento opposto dall'art. 2034, II c., c.c. e l'orientamento contrario della giurisprudenza (Cass. 29. 11. 1986, n. 7064).

L'ostacolo è scavalcato appoggiandosi alla causa autonoma del contratto, ponendo le prestazioni in corrispondenza biunivoca tra loro, configurando uno scambio tra le reciproche promesse di adempiere i doveri morali e materiali scaturenti dal legame, laddove il legame more uxorio integra il motivo comune ad entrambi i contraenti (G. OBERTO, "Contratto e famiglia "in" Trattato del contratto", dir. da V. ROPPO, Milano, 2006, vol. VI, Interferenze, 107ss.)

5. La considerazione sociale e giuridica del lavoro domestico consente di allontanare l'immagine antica secondo cui il coniuge casalingo rende essenzialmente prestazioni sessuali. La giurisprudenza ha avuto, del resto, modo di escludere che la convivenza integri causa di illiceità di un contratto, precisandolo rispetto ad un comodato collegato alla relazione. Cass. 8. 6. 1993, n. 6381, occupandosi del comodato di un alloggio concesso alla convivente in corrispettivo dei servizi ricevuti, confermò la sentenza della Corte d'Appello di Roma che ne aveva escluso la nullità, negando che la convivenza costituisca causa di illiceità di un contratto attributivo di diritti patrimoniali" in quanto tale convivenza, ancorché non disciplinata dalla legge, non è illecita, non potendo considerarsi di per sé contraria né a norme imperative...né all'ordine pubblico...né al buon costume...".

Sono del resto ormai numerose le disposizioni legislative che contemplano la convivenza, a quelle più risalenti- quali l'art. 317 bis c.c. o l'art.6, comma 1, legge 392/78 nell'interpretazione della Corte Costituzionale (C. Cost. 7. 4. 1988, n. 404)- essendosene venute ad affiancare tante in tempi più recenti: dall'amministrazione di sostegno alla procreazione assistita, dal codice delle assicurazioni private all'affido condiviso

In seno alla giurisprudenza di merito si trovano prese di posizione nel senso della validità degli accordi tra conviventi: Trib. Savona, 7.3.2001: "è valido ed efficace il contratto di costituzione di usufrutto di immobile stipulato tra due conviventi more uxorio senza corrispettivo alcuno, ove esso

trovi fondamento nella convivenza stessa e nell'assetto che i conviventi intendono dare ai loro rapporti"

Trib. Savona, 29.6.2002: "è valido il contratto con cui i conviventi more uxorio si impegnano a partecipare alle spese della famiglia di fatto in misura uguale. In base al canone ermeneutico della buona fede, improntato ad un principio di solidarietà contrattuale, esso va tuttavia interpretato in analogia a quanto dispone nei rapporti tra i coniugi l'art. 143 c.c., cosicché l'obbligo di contribuzione va determinato in relazione alle sostanze ed alla capacità di lavoro professionale e casalingo dei conviventi. Di conseguenza la convivente che abbia contribuito in misura maggiore, a causa delle difficoltà lavorative dell'altro, non può ripetere le maggiori somme destinate alla vita comune"

6. Il vaglio di liceità deve esercitarsi piuttosto sui possibili contenuti (A. ZOPPINI, "Tentativi d'inventario per il nuovo diritto di famiglia: il contratto di convivenza", in E. Moscati ed A. Zoppini (cur.), "I contratti di convivenza", Giappichelli, 2002).

Si esclude la deducibilità in contratto dei doveri di fedeltà, assistenza morale, collaborazione e coabitazione, non soltanto perché privi del requisito della patrimonialità, ma anche in ragione della contrarietà con l'ordine pubblico della loro coazione. Considerazione quest'ultima che induce ad escludere la legittimità della pattuizione di una penale per l'ipotesi di inadempimento; mentre la dottrina è divisa sull'ammissibilità di clausole premiali (quale: ti darò cento se tra dieci anni saremo ancora insieme)

6.1 La validità dell'impegno a convivere è certamente negata, così come quella di ogni penale collegata al venire meno della convivenza. Altrettanto circa la rinuncia a cessare la convivenza, oppure l'imposizione di un preavviso.

Sul punto non si rinvergono precedenti specifici italiani, ma può farsi capo alla giurisprudenza relativa alla invalidità della condizione testamentaria che sottoponga il lascito alla prosecuzione della convivenza del beneficiario con un altro soggetto (Cass. 21. 1. 1942, n. 197). Questo profilo non è stato, invece, affrontato dalle sentenze che si sono occupate di contratti di vitalizio atipico che prevedevano l'assistenza diurna (Cass. 27. 4. 1982, n. 2629).

Facendo applicazione di queste premesse, in dottrina è stata, pertanto, esclusa la liceità del mutuo concesso da un convivente all'altro la cui restituzione venga pattiziamente sospesa sinché perduri la convivenza

A maggior ragione si ravvisa contrarietà all'ordine pubblico nella previsione dell'obbligo di fedeltà

Si consiglia, nondimeno, la redazione di un accordo scritto circa la fissazione della residenza, rilevante ad ogni effetto giuridico

6.2 Dalla indisponibilità dei rapporti personali deriva l'invalidità di ogni vincolo in tema di procreazione- quale l'impegno a fare uso di anticoncezionali oppure a ricorrere eventualmente alla fecondazione assistita-, come pure in materia di prole, quale il riconoscimento della filiazione naturale, oppure l'assunzione di un determinato cognome.

Sulla scorta di alcune decisioni di merito rese a margine dell'art. 317 bis c.c. (App. Milano, 4.12. 1995, in "Famiglia e diritto", 1996, 529) sembrerebbero ammissibili accordi sia circa l'esercizio della potestà sui figli oppure sul loro affidamento, sia- in particolare- in ordine alla regolamentazione

della misura della rispettiva contribuzione al mantenimento.

7. I contenuti patrimoniali appaiono i più adatti a questi accordi, relativi- per mutuoare la partizione maturata nell'ambito della famiglia legittima- sia all'aspetto contributivo, sia a quello distributivo

7.1 Certamente è concepibile l'impegno reciproco a contribuire alle necessità comuni, determinandone le modalità, quindi sia mediante l'erogazione della somme necessarie, sia tramite la disponibilità di beni, quale- in particolare- l'alloggio, sia attraverso la collaborazione domestica.

Sulla scorta di tali premesse si ammette l'impegno a prestarsi assistenza materiale per il caso di necessità.

L'inapplicabilità- ad avviso dell'opinione maggioritaria- dell'art. 143 c.c. rende legittima la deroga al criterio della proporzionalità della contribuzione.

Si consiglia, inoltre, di subordinare l'impegno alla prosecuzione della convivenza, nonché di prevedere cause di esonero in dipendenza di determinati eventi, quali ad esempio la perdita del lavoro, oppure la sottrazione della disponibilità dell'alloggio di proprietà dei genitori

7.2 Quale contenuto usuale dei contratti di convivenza si indica l'obbligo di corresponsione di somme di denaro a titolo di mantenimento, oppure il c.d. vitalizio atipico, accordo ormai tipizzato socialmente ed oggetto di una giurisprudenza abbondante.

La pratica di cedere beni in cambio della promessa di assistenza è antica e gli storici la fanno risalire al Medioevo, quando tali operazioni venivano realizzate prevalentemente con la Chiesa locale. Da questa matrice comune sono derivati sia i contratti di "rendita", sia quelli detti di "assistenza" rivolti a garantire, i primi, il versamento periodico di una somma, i secondi, prestazioni materiali e morali. Il loro contenuto è variabile e mentre il linguaggio delle motivazioni è discontinuo e noncurante delle tassonomie, dello sforzo classificatorio si è, invece, data carico la dottrina la quale ha invitato a tenere distinto il c.d. vitalizio alimentare dal contratto di mantenimento - laddove la controprestazione non sia circoscritta allo stretto necessario -, talora affiancando la terza tipologia del contratto di assistenza, nell'ipotesi in cui si aggiunga il sostegno morale. Nell'ambito della famiglia di fatto si tratta di costruirli imperniando il sinallagma non già sul trasferimento di un bene o di una somma di denaro, ma sulla reciprocità degli obblighi (rinvio al mio scritto *Autonomia privata e mantenimento: i contratti di vitalizio atipico* [Testo dell'intervento presentato alla Tavola rotonda di diritto civile e comparato "Crisi della famiglia e obblighi di mantenimento nella UE" organizzata presso la Facoltà di Giurisprudenza di Genova il 23 novembre 2007 nell'ambito del progetto REMOR (Research and E-learning on maintenance obligations recovery)], in *Famiglia e diritto*, 2008)

Anche qui si consiglia di subordinare tali impegni alla prosecuzione della convivenza, evitando di prevedere una durata minima.

7.3 Transitando al piano distributivo si tratta di appoggiarsi alla valenza regolamentare del contratto, contemplata dall'art. 1321 c.c. (L. BALESTRA, "La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione", in "Studi in onore di Marco Comporti", Giuffrè)

È appena il caso di premettere come la riproduzione negoziale del regime della comunione dei beni non rivesta attitudine a sortire effetto reale, sussistendo margine soltanto per

la configurazione di un impegno obbligatorio a trasferire la quota del bene separatamente acquistato- all'uopo qualcuno ha fatto capo ad un meccanismo accostabile a quello dell'art. 1706 c.c.-, oppure a conteggiarne il valore. Certamente la rilevanza della contitolarità verso i terzi non è conseguibile, se non in via rimediabile attivando l'azione(art. 2932 c.c.) di adempimento dell'obbligo a contrarre- a ritrasferire la quota- scaturente dall'accordo programmatico.

Parimenti sfornito di effetto reale è l'eventuale impegno a non cedere i propri diritti sui beni considerati di uso comune, che risulterebbe attratto nell'orbita dell'art.1379 c.c.

Alla luce dell'orientamento giurisprudenziale contrario all'applicazione dell'art. 230 bis c.c. ai conviventi, per disciplinare la collaborazione lavorativa occorre far capo agli strumenti contrattuali ordinari: lavoro subordinato o autonomo, associazione in partecipazione, società(G.OBERTO, "Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio", Cedam, 2003).

Infine, all'inevitabilità del fondo patrimoniale può ovviarsi tramite il meccanismo configurato dall'art. 2645 ter c.c., piuttosto che con il trust(segnalo il mio saggio "Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art.2645 - ter c.c. ", in "Negozio di destinazione : percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata", Coll. Quaderni della Fondazione del Notariato, n. 1/2007, pp.22-31)

8.Ancora maggiore rilievo rivestono le previsioni relative alle conseguenze della cessazione della convivenza.

Intanto si suggerisce di individuare con precisione il momento della cessazione, ad esempio richiedendo l'invio di una lettera raccomandata A.R.. Poi si invita a considerare la situazione dei beni mobili- quali gli arredi- predisponendone un elenco, e convenendo per il resto una presunzione di comunione, riproducendo la regola dell'art. 219 c.c., oppure escludendola espressamente, purché si individui un criterio alternativo di attribuzione della titolarità

Questo vale anche rispetto alle somme sovvenute per finanziare l'acquisto od il miglioramento- ad esempio la ristrutturazione- di beni la cui intestazione non rispecchi i versamenti rispettivi, in ordine alle quali può introdursi una presunzione di liberalità, od al contrario di mutuo, in quest'ultima ipotesi prevedendo i termini del rimborso

Cass. 9. 8. 1996, n. 7343. " qualora l'attore fondi la sua domanda su un contratto di mutuo, la contestazione da parte del preteso mutuatario circa la causale del versamento non si tramuta in eccezione in senso sostanziale, sì da invertire l'onere della prova, giacché la negazione dell'esistenza del contratto si traduce nella contestazione del titolo posto a base della domanda, anche il convenuto riconosca di avere ricevuto una somma di denaro ed indichi la ragione per cui tale somma sarebbe stata versata, con la conseguenza che rimane fermo l'onere probatorio a carico dell'attore". Sulla scorta di tale premessa è stata respinta la domanda di una signora che, nel corso di una relazione sentimentale, aveva consegnato al partner alcuni assegni , a suo dire a titolo di mutuo

Sono concepibili ulteriori accordi in contemplazione della possibile rottura, quale la promessa di determinate prestazioni a favore del coniuge più debole, peraltro evitandone l'assimilazione alle penali per l'ipotesi di rottura ed atteggiandoli piuttosto quali misure di soccorso a fronte del venire meno del sostegno economico fruito durante la convivenza.

Si ammette la previsione dell'an e del quantum dell'assegno da riconoscere dopo la rottura, mentre si dubita, invece, della riproducibilità negoziale delle misure sanzionatorie proprie della crisi coniugale, quale l'addebito

Per realizzare l'assegnazione della casa occorre configurare un comodato oppure un consenso alla cessione del contratto di locazione(a seconda che l'immobile sia in proprietà oppure in godimento), sottoposti alla condizione sospensiva della cessazione della convivenza.

Sono, infine, difficilmente concepibili meccanismi atti a far venire meno attribuzioni realizzate a favore del responsabile della rottura, salvo affidarsi alla presupposizione, oppure alla revoca delle donazioni per ingratitudine

10. La regolamentazione contrattuale entra, invece, in stallo di fronte alla previsione di effetti destinati a prodursi dopo la morte, incontrando lo sbarramento opposto dall'art.458 c.c. Com'è noto, la giurisprudenza estende il divieto ai testamenti esecutivi di accordi(Cass.22.2. 1974, n. 527), ed in particolare a quelli redatti in conformità a promesse di istituzioni di erede in cambio dell'impegno all'assistenza (Cass. 6. 1. 1981, n. 63), oppure al disbrigo delle faccende domestiche(Cass. 10.4. 1964, n. 835).

Poiché dalla medesima norma si ricava, poi, una preclusione nei confronti della donazione "mortis causa" e di quella "si premoriar" non rimangono che i meccanismi indiretti quali il contratto a favore di terzi in generale ed in specie l'assicurazione sulla vita, oppure la costituzione di una rendita vitalizia, od ancora l'acquisto di immobile per quote di nuda proprietà ed in usufrutto congiuntivo con patto di accrescimento in capo al superstite, eventualmente incrociando le quote di usufrutto e di nuda proprietà

11.Il contratto di convivenza riesce, insomma, idoneo alla regolamentazione dei profili patrimoniali delle convivenze, salvo arrestarsi di fronte a quelli a causa di morte

In assenza i rapporti giuridici rimangono affidati ad obbligazioni naturali ed arricchimenti senza causa, ma senza segnare poi una grande distanza rispetto alla situazione della famiglia legittima(come avevo già sostenuto nell'intervento "Gli apporti tra conviventi", pubblicato in A. D'Angelo(cur.), "Matrimonio, matrimoni", Giuffrè, 2000, 321 ss.)

Invero ove si consideri come l'operatività delle regole del regime patrimoniale della famiglia legittima rilevi non tanto rispetto all'amministrazione dei beni ed alla assegnazione della loro titolarità nel perdurare della vita matrimoniale, quanto piuttosto in ordine alla distribuzione della ricchezza transitata ed accumulata al momento dello scioglimento del vincolo, si coglie il senso della caustica notazione secondo cui ai conviventi non manca il matrimonio, ma il divorzio.



camiceria
abiti
calzature
maglieria
sartoria su misura

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

Sezione Mediazione, Conciliazione, Arbitrato

Documenti

Il mediatore, visto da un avvocato

Giovanni Portoghese

Avvocato, Foro di Benevento

Nel nostro ordinamento giuridico, la figura del mediatore/conciliatore è stata recentemente delineata dal D.lgs. n.28/2010, sulla scorta della Direttiva CE 52 del 2008. In Italia una prima definizione del mediatore si poteva ricavare dalla riforma del diritto societario, poi trasfusa nel Art. 1 lett.d) del cit. D.lgs.: il mediatore è "la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo". La mediazione viene invece definita dalla lett. a) come "l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa".

Giovanni Cossi, che insegna sociologia del diritto a Siena ed è esperto in queste procedure, ritiene che **il mediatore sia un professionista** (poiché acquisisce un saper-fare tecnico specializzato grazie alla preparazione personale ed all'esperienza), che sceglie professionalmente di violare il dogma del cosiddetto XI comandamento: "non occuparti dei fatti altrui"... Non ha certo l'autorità di un arbitro o di un giudice, ma ha l'autorevolezza acquisita dalla sua posizione. Il mediatore, nel momento in cui assume la una funzione, rispetto ai terzi in conflitto, riveste una posizione particolare.

Gli studiosi interessati alla struttura **dell'autorità**, si sono chiesti da dove derivi il potere o l'autorità di porsi di fronte ai terzi come mediatore. Il potere del mediatore deriva senz'altro da un accordo delle parti stesse, ma anche dalle capacità della persona, qualche volta dalla tradizione (come accade nelle culture orientali) e qualche volta da un'autorità più elevata (come la funzione di mediatore del giudice di pace).

Vi è poi un'altra fonte di potere da non sottovalutare: il **trovarsi in un determinato momento in un determinato luogo fisico**: "... i passanti, che di fronte ad un ingorgo inestricabile entrano in mezzo all'incrocio e si mettono a dirigere il traffico, si vedono attribuito il potere di selezionare quali macchine sia opportuno fare passare per prime in modo da migliorare l'efficienza della situazione; la loro autorità è solo quella di un suggerimento, e tuttavia viene accettata nella circostanza" (così Thomas C. Schelling, Nobel 2005 per l'economia per "aver fatto avanzare la nostra comprensione del conflitto e della cooperazione tramite la Teoria dei giochi").

Un buon conciliatore dovrebbe essere:

- **realista**, per poter osservare le cose in modo oggettivo, e poi farle comprendere alle parti, in modo da intravedere lo scenario completo degli interessi o delle questioni in gioco, applicabili alla controversia, essere cioè "agente di realtà";
- **flessibile e fermo**, per essere elastico con le persone e rigido nel far rispettare la procedura;
- **ottimista**, perché deve essere il primo ad essere convinto

che ci sia una soluzione ottimale per risolvere il conflitto delle parti, pur rimanendo convinto che il mancato accordo in una conciliazione non significa il fallimento del mediatore come professionista (la prestazione rimane di mezzi e non di risultato, anche se la normativa del 2010 prevede un possibile *bonus* per il mediatore che riesca a raggiungere un accordo tra le parti...);

- **senza pregiudizi**, in quanto dalla sua apertura mentale spesso dipende la soluzione creativa ed innovativa (anche se poi la stessa deve essere generata in collaborazione con le parti);

- **acuto nelle percezioni**, per saper individuare gli interessi e i bisogni delle parti, per far affiorare le pressioni dei terzi referenti, per prevedere situazioni che in futuro potrebbero effettivamente crearsi (es. nuovi rapporti commerciali tra le parti, rapporti che comunque potrebbero continuare etc.);
- **comunicativo**, per poter ascoltare e capire i reali interessi nel conflitto, dotato del c.d. occhio prensile, attento ai dettagli e capace di ristabilire un canale comunicativo tra le parti.

Il mediatore deve essere un terzo imparziale, ma anche empaticamente interessato alla vicenda, e deve tendere alla conoscenza delle parti e del conflitto, senza prediligere nessuna (piuttosto che equidistante, dovrebbe essere "equivicino").

Il mediatore non dovrebbe essere necessariamente uno **specialista** della materia oggetto del conflitto, anche perché, in casi specifici, potrà sempre giovare della collaborazione sia di un vero co-mediatore, sia di un tecnico chiamato per risolvere determinate questioni rilevanti (anzi, con la nuova normativa ne ha la piena facoltà). Sul punto ci sono opinioni divergenti: secondo alcuni è indispensabile che il mediatore abbia invece un buon livello di competenza tecnica, perché così potrà sapere non solo *come* mediare, ma anche *cosa* mediare. Per altri invece è opportuno che il mediatore non sia uno specialista pena il rischio di trovarsi di fronte ad un "tutologo" (o una sorta di perito dei periti). Risulta certo che una buona competenza specifica e una competenza di base di tipo psicologico e comunicativo non potranno che aiutare il mediatore, anche facendogli acquisire quella autorevolezza indispensabile per dominare il procedimento conciliativo. Questo profilo, appunto, può comunque trovare una prima soluzione con l'uso di Collegi di Mediatori, portatori di diverse professionalità.

Al mediatore viene poi richiesto di **saper domandare**, deve cioè essere abile nel chiedere ed interrogare le parti, rispetto a tutto quello che non risulta sufficientemente chiaro, formulando i quesiti in maniera chiara e coerente, e nel modo meno emotivo possibile. Con le domande si manifesta interesse verso l'oggetto del conflitto e verso la parte, e si può facilitare una riflessione ed accelerare la conclusione del procedimento di mediazione. Ma soprattutto al mediatore è richiesto di **saper ascoltare** non solo le parole e la cadenza delle parole, ma anche i silenzi e le eventuali reticenze. Risulta anche importante saper comprendere i gesti, gli sguardi, tutti i comportamenti del corpo, e sapere interpretare tali movimenti.

Un buon mediatore dovrebbe avere una conoscenza di base di almeno **sei scienze complementari**: la comunicazione,

la psicologia, la sociologia, l'economia, il diritto e l'etica.

Per quanto riguarda soltanto la prima, la **capacità comunicativa**, il mediatore dovrebbe utilizzarla:

- per aprire canali comunicazionali tra le parti;
- per far sviluppare uno scambio di idee ed una discussione ordinata e tendente allo scopo di una ricerca di un accordo;
- per ascoltare le parti, e cercare di capire quali siano gli interessi che si celano dietro ogni presa di posizione;
- per riassumere i risultati della discussione, parafrasando le frasi delle parti;
- per far notare i miglioramenti raggiunti e smorzare eventuali toni aggressivi;
- per far presente la propria opinione senza imporla, ma presentandola come un consiglio, qualora venga richiesto da entrambe le parti.

Per quanto riguarda la **deontologia del mediatore professionista**, oltre a far riferimento agli standard di Unioncamere, utili riferimenti possono trarsi dai codici di condotta definiti congiuntamente dalla American Bar Association (A.B.A., www.abanet.org) dalla Society of Professional in Dispute Resolution (S.P.I.D.R., www.statelawyers.it) e dalla American Arbitration Association (A.A.A., www.adr.org).

Autodeterminazione: il mediatore deve riconoscere che la mediazione è basata sul principio di autodeterminazione delle parti. Le parti godono sempre della massima libertà durante l'iter conciliativo: dall'accettare di intervenire, all'abbandonare la sede di conciliazione in qualsiasi momento, e, alla fine, possono sempre decidere di non firmare la bozza di accordo che si è delineata. Il mediatore invece ha una sua autorevolezza rispetto alle regole del procedimento, che deve fare rispettare, pena la impossibilità di arrivare ad una soluzione.

Imparzialità: il mediatore deve condurre la mediazione in maniera imparziale. Il mediatore assume infatti una funzione importante, anche se non è investito della capacità di decidere della questione. Qualora si dovesse accorgere di non poter sostenere l'iter conciliativo in maniera imparziale dovrebbe abbandonare la conciliazione, comunicandolo alle parti; e dovrebbe comunque evitare qualsiasi atteggiamento che possa ingenerare dubbi sulla sua imparzialità, anche non fondati (per esempio è buona norma dare alle parti gli stessi tempi e la stessa attenzione, anche solo per la premura di non apparire neutrali). Il mediatore deve quindi anche *sembrare* imparziale (oltre che esserlo).

Conflitto d'interessi: il mediatore deve ragionevolmente cercare di evitare ogni conflitto d'interessi, presente e futuro. Se si ingenerano dubbi sulla persona del mediatore, anche per relazioni economiche o personali con una delle parti, si viene a minare l'autorevolezza del mediatore e questo non solo rispetto alla singola conciliazione, ma anche alla sua figura di professionista. Il mediatore non dovrebbe mai accettare altri incarichi dalle parti in conflitto, ne' divenire loro consulente in altra separata sede (si pensi alla dichiarazione di imparzialità e mancanza di conflitto d'interessi che il conciliatore professionale deve firmare).

Riservatezza: il mediatore deve soddisfare le parti nelle loro aspettative di *confidentiality*. Una delle cause per cui può essere scelta la strada della mediazione è quella che prevede la riservatezza dell'intero procedimento. Anche un eventuale accordo può essere difeso da una clausola di riservatezza, estesa al mediatore. Di per sé il mediatore assume un ruolo che lo potrebbe portare a conoscere informazioni riservate e sensibili, e per questo deve garantire alle parti il suo silenzio. Questo permetterà alle parti stesse di potersi aprire

senza timori, in una maniera molto differente che se avessero di fronte un giudice od un arbitro. Qualsiasi normativa in materia di conciliazione dovrebbe prevedere l'obbligo del segreto professionale per il conciliatore, dichiarando espressamente il divieto di chiamarlo e di ascoltarlo, quale testimone, in un'eventuale causa giudiziaria: e del resto questa è l'esperienza positiva.

Qualità della procedura: il mediatore deve condurre la mediazione con trasparenza, diligenza e nel rispetto del principio di autodeterminazione delle parti e di tutti gli altri già enunciati. Il mediatore gestisce il procedimento di mediazione e deve far rispettare alle parti determinati obblighi perché tale iter possa avere il più alto grado di probabilità di successo. La mediazione, pur essendo improntata ad un'estrema mancanza di formalismo, ha infatti un suo svolgimento, con regole e doveri per le parti. Tra le altre cose, la procedura deve prevedere un tempo limitato, perché la velocità resti uno dei vantaggi della mediazione.

Pubblicità ed offerta dei servizi (informazione): il mediatore deve essere veritiero nel pubblicizzare e offrire servizi di mediazione. Un buon riferimento è offerto dalla "settimana della conciliazione" che ogni anno viene organizzata dalle Camere di Commercio italiane, e che diventa anche un momento di discussione sulla conciliazione in generale, sui risultati raggiunti e sulla promozione del servizio. Nulla vieterebbe però, in ipotesi, al singolo mediatore professionista di promuovere la propria attività anche da un punto di vista pubblicitario, ferma restando la soggezione alle regole deontologiche degli eventuali Ordini professionali di appartenenza.

Compensi: il mediatore deve dare chiare informazioni sui compensi e sui costi del servizio a carico delle parti. Uno dei maggiori vantaggi della mediazione è la sua economicità, se paragonata anche ad altri metodi A.D.R., come per esempio l'arbitrato e se, naturalmente, paragonata alle vie ordinarie di giustizia. Le parti devono essere informate sui costi, anche prima di iniziare il procedimento, perché questa informazione potrà essere alla base della scelta autodeterminata di procedere alla conciliazione.

Obblighi verso il procedimento di mediazione: i mediatori hanno l'obbligo di migliorare le loro capacità tecniche. Ciò significa che il mediatore, come ogni professionista, deve offrire un servizio sempre eccellente, ed essere aggiornato, seguendo corsi di formazione specifici ed avanzati, come per esempio in Italia era già previsto per i conciliatori delle Camere di Commercio, e come è previsto dal D.lgs 28/2010.

Anche il professionista (avvocato, dottore commercialista, consulente del lavoro, ecc.) può in qualche modo essere il **soggetto propulsore della mediazione**. La posizione del professionista rispetto al procedimento di mediazione può essere differente:

- può assistere la parte come rappresentante che si affianca al cliente;
- può svolgere le funzioni di conciliatore.

Nel secondo caso, il professionista dovrà intervenire come conciliatore, quindi sarà importante far capire alle parti che il suo ruolo è differente da quello abituale. È forse ovvio ma va sottolineato quanto sia importante non confondere il professionista-conciliatore da quello che, per esempio, convoca la parte avversa presso il proprio studio per tentare una negoziazione. In questo caso, al di là dell'atteggiamento più o meno spiccatamente conciliativo del professionista, quest'ultimo non agirà come conciliatore, perché rimane co-

munque e sempre un rappresentante di una sola parte e quindi non avrebbe tutte le caratteristiche del conciliatore. Dal punto di vista economico, nei paesi in cui i metodi delle A.D.R. sono ormai acquisiti anche dalla mentalità dei potenziali clienti, il professionista risulta avvantaggiato sia come risparmio di "energie" che di tempo impiegato.

Infine, può essere interessante descrivere, a livello internazionale, come la *Society of Professionals in Dispute Resolution*, ovvero l'associazione di rappresentanza dei mediatori americani, abbia formulato un **elenco delle abilità** che un mediatore dovrebbe avere, non prima di aver sottolineato come altrove - e specie negli Stati Uniti - il possesso di un titolo accademico non sia considerato prerequisito per poter svolgere l'attività di mediatore.

L'elenco prevede una elencazione di **abilità generali**:

- capacità di ascolto attivo;
- capacità di identificazione, analisi e separazione dei problemi;
- capacità comunicative e sensibilità rispetto ai valori delle parti;
- capacità di separazione del problema oggettivo dai comportamenti soggettivi;
- capacità nel capire squilibri di potere;
- capacità di mantenimento del proprio controllo.

Si richiedono poi altre caratteristiche, chiamate "**abilità specifiche per la conciliazione**":

- capacità di capire la procedura di mediazione e il ruolo degli avvocati;
- capacità di generare fiducia;
- capacità di identificare gli interessi ed i bisogni delle parti dalle loro
- posizioni iniziali;
- capacità di individuare le questioni non conciliabili;
- capacità di trovare standard e criteri oggettivi;
- capacità di coadiuvare le parti per la ricerca di soluzioni innovative e creative;
- capacità di coadiuvare le parti alla ricerca delle loro migliori alternative fuori dall'accordo;
- capacità di consigliare le parti sulla esecutività pratica di un accordo.

Gli Avvocati - quelli con la A maiuscola - con le loro alte capacità tecniche e di esperienza del vivere civile ben possono rendersi conto dei vantaggi per i propri clienti di una buona mediazione rispetto ad un giudizio, oggi come non mai, dall'esito del tutto incerto, dispendioso e troppo lungo.

Pertanto gli avvocati sono i primi che potrebbero approfondire la cultura della mediazione, per favorire la risoluzione delle controversie in modo non contenzioso, ed in ogni caso dovrebbero essere veramente i saggi consiglieri dei loro clienti anche nel procedimento di mediazione; non ci dovrebbe essere neppure bisogno di rendere obbligatoria l'assistenza degli avvocati in queste procedure, se i clienti sono consapevoli che i loro avvocati sono capaci di assisterli con competenza, smentendo il pregiudizio che il legale più che risolvere i loro problemi pensi solo alle proprie tasche (ed

ovviamente l'assistenza dinanzi ai mediatori rappresenta un'attività professionale dell'avvocato pari a qualsiasi altra e come tale da retribuirsi equamente).

Se la recente normativa, a volte aspramente criticata senza costrutto, ha bisogno di modifiche o rettifiche (come quelle, ad esempio, che l'avvocatura ha già segnalato), è compito anche degli avvocati dare un contributo serio nell'interesse di tutti, approfondendo gli aspetti della materia e ottimizzando le varie scelte sia politiche che giuridiche per perseguire gli obiettivi condivisi.

Molti avvocati amano le battaglie legali o almeno si sentono a proprio agio in tale ruolo, che è poi quello principale, se non esclusivo, appreso nelle aule universitarie e successivamente in quelle della formazione professionale. Questa formazione genera una resistenza pregiudizievole nei confronti delle A.D.R. in generale.

In realtà il problema che si viene a creare è meno serio di quello che possa apparire: gli avvocati esperti conseguono spesso risultati migliori per i loro clienti mediante la mediazione; né i clienti, specialmente quelli più culturalmente attrezzati, penserebbero mai a partecipare alle procedure di mediazione privandosi dei loro difensori; infine, non è vero che tutti gli avvocati desiderano approdare in giudizio per ogni causa.

Per i Giudici vale lo stesso discorso: è impensabile che la diffusione della mediazione renda meno apprezzato il lavoro dei magistrati, anzi rimarrà la necessità di una magistratura competente e di qualità (meno, magari, di "quantità"...come sicuramente nelle intenzioni del legislatore) ed in grado di espletare effettivamente un servizio fondamentale per la stabilità e la crescita della società civile.

La speranza è quindi che vi sia a disposizione dei litiganti una solida infrastruttura di A.D.R. e avvocati in grado di seguire e consigliare i loro clienti in questi circuiti *contigui*, e non *contrari*, alla giurisdizione: molto sarà affidato alla creazione degli organismi forensi, agevolati dalla normativa ma che richiederanno un grande dispendio di risorse ed energie alle istituzioni.

Un certo avvocato dell'Illinois (Abramo Lincoln) rivolgendosi ai suoi colleghi disse:

"Dissuadete dalle liti. Convincete i vostri vicini a trovare un accordo ogni qual volta possibile.....Gli avvocati hanno migliori opportunità di fare del bene quali portatori di pace. Ci sarà sempre abbastanza lavoro per tutti".

La mediazione è in grado di favorire accordi migliori e più rapidi, ma non eliminerà mai né la necessità di un supporto legale nel corso della procedura conciliativa, né tanto meno, l'esistenza del contenzioso. Ma se per caso il numero di cause combattute fino alle estreme conseguenze dovesse davvero ridursi in modo cospicuo, saranno i legali specializzati (anche) nelle procedure A.D.R. a servire meglio i propri clienti.

Recensioni e segnalazioni

TOMASO GALLETTO

Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile

Giuffrè editore, 2010 - pp. 360

L'opera di Tomaso Galletto analizza la disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione delle liti civili e commerciali dettata dal d.lgs. n. 28/2010 opportunamente collocando l'esame del testo legislativo nel quadro della conciliazione stragiudiziale e delle *Alternative Dispute Resolution*.

Pertanto la Parte prima del contributo monografico offre un «sintetico» ma completo «quadro del contesto normativo, anche sovranazionale, in cui si colloca il fenomeno della conciliazione stragiudiziale» (p. 1). Vengono, perciò, prese in considerazione tanto le esperienze statunitensi, che il contesto comunitario ed internazionale. L'analisi consente all'autore di inquadrare i tratti salienti del meccanismo conciliativo e dei modelli di conciliazione, differenziandoli rispetto ad altri sistemi di risoluzione alternativa delle controversie - l'arbitrato *in primis*. In quest'ultimo procedimento «si giunge ad una pronuncia aggiudicativa alla quale le parti, quanto meno a livello negoziale, sono obbligate a conformarsi e tale aspetto esclude che esso possa ascrivarsi nel pur amplissimo *genus* della conciliazione stragiudiziale delle controversie» (p.11).

Ampio spazio è dedicato ai differenti procedimenti di conciliazione tipizzati dall'ordinamento nazionale. Vengono, in particolare, tratteggiate le caratteristiche della conciliazione in materia di servizi di telecomunicazione, di quella presso la Consob in materia di servizi di investimento, di quella in materia bancaria e creditizia, nonché di quella che ha costituito l'archetipo della mediazione di nuovo conio, ossia la conciliazione in materia commerciale e societaria prevista dagli abrogati articoli 38 e 39 del d.lgs. n. 5/2003.

Sulla scorta di tale analisi vengono affrontati con contezza e profondità le fonti che hanno condotto alla promulgazione del d.lgs. n. 28/2010.

La prima parte dello studio si conclude, dunque, con l'esame dei contenuti della Direttiva 52/2008 sulla mediazione delle controversie transfrontaliere.

La Parte seconda, di conseguenza, si apre con l'analisi dell'art. 60 della legge n. 69/2009. L'analisi si muove partendo dalla delega al governo contenuta nell'art. 60 della l. n. 69/2009 che consente all'A. di muovere un giudizio lucidamente critico a talune «discutibili scelte» effettuate dal legislatore delegato con il d.lgs. n. 28/2010. Il riferimento è all'obbligatorietà del tentativo in un'ampia fetta del contenzioso civile, alla previsione della possibilità che il mediatore formuli unilateralmente una proposta di definizione della lite e alla disciplina delle conseguenze della mancata adesione e partecipazione al procedimento (p. 43 e ss.).

Segue un esame dettagliato e puntuale, ricco di spunti problematici, della disciplina dettata dal d.lgs. n. 28/2010. Di particolare interesse l'attenzione prestata al ruolo dell'avvocato nel procedimento di mediazione, ove si sottolinea da un lato la scarsa attenzione finora prestata nella formazione del giurista e dell'avvocato al tema della risoluzione alternativa delle controversie dall'altro «il ruolo fondamentale» che tale figura professionale merita di rivestire in tali procedure.

L'opera di Galletto è arricchita da un ampio corredo di materiali che spaziano dalle fonti normative nazionali, europee e internazionali ai regolamenti di procedura dei principali organismi di conciliazione esistenti e ai pareri resi dal Parlamento, dal Consiglio Superiore della Magistratura e dal Consiglio Nazionale forense sul d.lgs. n. 28/2010.

Silvia Izzo

Ricercatore Seconda Università degli Studi di Napoli

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze e Ordinanze

Corte costituzionale, sent. 11 novembre 2010, n. 315 - Pres. De Siervo - Red. Silvestri - Onlus Associazione Verdi Ambiente e Società - V.A.S. e della Regione Liguria - Reg. Liguria.

ATTIVITÀ venatoria - standard minimi uniformi statali in materia di tutela dell'ambiente - competenza legislativa residuale regionale in materia di caccia - vincolatività

(Costituzione art. 117, comma 2, lett. s), e comma 4)

REGIONE Liguria - attività venatoria - legge regionale sull'esercizio della caccia nelle aree contigue alle aree naturali protette, - contrasto con gli standard minimi uniformi statali in materia di tutela dell'ambiente - in-costituzionalità

(Costituzione art. 117, comma 2, lett. s), e comma 4; legge 6 dicembre 1991, n. 394, art. 32, comma 3; l. reg. Liguria 1° luglio 1994, n. 29, art. 25, comma 18)

Le norme contenute nella legge n. 394 del 1991 (Legge quadro sulle aree protette), che, nella vigenza del testo originario del Titolo V della Parte seconda della Costituzione, costituivano principi fondamentali, a seguito della riforma costituzionale del 2001, hanno assunto la veste di standard minimi uniformi, nell'esercizio della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), nei confronti della competenza legislativa residuale delle Regioni in materia di caccia, ai sensi dell'art. 117, quarto comma, Cost. (1)

Vanno dichiarate incostituzionali le norme regionali recate dall'art. 25, comma 18, della legge della Regione Liguria 1° luglio 1994, n. 29 (Norme regionali per la protezione della fauna omeoterma e per il prelievo venatorio), in quanto, col prevedere soglie inferiori di tutela per l'esercizio dell'attività venatoria nelle aree contigue alle aree naturali protette, contrastano con l'art. 32, comma 3, della legge n. 394 del 1991. (2)

(... Omissis...) - Considerato in diritto. **1.** - Il Tribunale amministrativo della Liguria ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 25, comma 18, della legge della Regione Liguria 1° luglio 1994, n. 29 (Norme regionali per la protezione della fauna omeoterma e per il prelievo venatorio), per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione.

2. - La questione è fondata.

2.1. - La norma regionale censurata nel presente giudizio consente l'esercizio venatorio nelle aree contigue dei parchi «nella forma di caccia controllata riservata ai cacciatori aventi diritto all'accesso negli Ambiti territoriali di caccia e dei Comprensori alpini su cui insiste l'area contigua naturale protetta». Per stabilire quali cacciatori abbiano diritto all'accesso, in base alla norma citata, negli Ambiti territoriali di caccia, occorre fare riferimento agli altri commi dell'art. 25 della legge reg. Liguria n. 29 del 1994. In particolare, secondo il comma 2, «La Provincia comunica annualmente agli organismi di gestione il numero dei cacciatori che possono essere ammessi in ogni Ambito territoriale di caccia te-

nuto conto degli indici di cui al comma 1». Il comma 4 prevede: «Il cacciatore ha diritto di accesso all'Ambito territoriale di caccia o al Comprensorio alpino dove ha la residenza anagrafica o dove ha domicilio per motivi di pubblico servizio». I commi 5 e 6 prevedono la possibilità di accesso all'ambito territoriale anche per cacciatori che non abbiano in esso la residenza. In particolare, il comma 5 dispone che, nel caso in cui il numero dei «cacciatori residenti» sia superiore a quello dei «cacciatori ammissibili», «la Provincia provvede a destinare i cacciatori in esubero in altri Ambiti territoriali o Comprensori alpini»; il comma 6, a sua volta, prevede che possano essere ammessi, per i posti disponibili, dopo le iscrizioni compiute secondo le modalità di cui ai commi precedenti, soggetti residenti nella Regione (lettera d), soggetti non residenti che svolgono l'attività lavorativa principale nella Regione (lettera e) e infine soggetti residenti in altre Regioni (lettera f). Inoltre il comma 8 stabilisce: «Il cacciatore che sia titolare dell'autorizzazione alla costituzione di un appostamento fisso di caccia con o senza l'uso di richiami vivi ha diritto ad essere iscritto all'Ambito o Comprensorio in cui è compreso l'appostamento». Ed ancora, il comma 9 dispone: «Limitatamente alla caccia alla selvaggina migratoria ed al cinghiale gli Ambiti territoriali di caccia e/o i Comprensori alpini possono consentire l'accesso sui territori di competenza e per un numero di giornate prestabilite ad altri cacciatori residenti in altri A.T.C. o C.A. della stessa provincia o di altre province pur ricadenti in altre regioni, anche oltre il limite di densità venatoria».

2.2. - L'art. 32, comma 3, della legge 6 dicembre 1991, n. 394 (Legge quadro sulle aree protette), invocato dal rimettente quale norma interposta, stabilisce: «All'interno delle aree contigue le regioni possono disciplinare l'esercizio della caccia, in deroga al terzo comma dell'art. 15 della legge 27 dicembre 1977, n. 968, soltanto nella forma della caccia controllata, riservata ai soli residenti dei comuni dell'area naturale protetta e dell'area contigua, gestita in base al secondo comma dello stesso articolo 15 della medesima legge».

3. - Dal raffronto tra le norme regionali e la norma statale prima riportate si deduce agevolmente il contrasto tra esse, giacché quelle regionali ammettono, a vario titolo e sulla base di diversi presupposti, l'esercizio venatorio anche per soggetti che non siano residenti nei Comuni dell'area protetta o delle aree contigue, come stabilito invece tassativamente dalla norma statale. L'esito dell'odierno giudizio dipende pertanto dalla possibilità di riconoscere all'art. 32, comma 3, della legge n. 394 del 1991 efficacia vincolante nei confronti della Regione, che, come è noto, è titolare di competenza legislativa residuale in materia di caccia, ai sensi dell'art. 117, quarto comma, Cost.

3.1. - Le norme contenute nella legge n. 394 del 1991, nella vigenza del testo originario del Titolo V della Parte seconda della Costituzione, costituivano principi fondamentali, ai fini dell'esercizio della competenza legislativa concorrente delle Regioni in materia di caccia. A seguito della riforma costituzionale del 2001, la trasformazione della competenza legislativa regionale in materia da concorrente a residuale non ha fatto venir meno la forza vincolante delle suddette norme statali, le quali oggi assumono la veste di *standard* minimi uniformi, previsti dalla le-

gislazione statale, nell'esercizio della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost. Con riferimento alla questione in oggetto, la Regione pertanto non può prevedere soglie inferiori di tutela, mentre può, nell'esercizio di una sua diversa potestà legislativa, prevedere livelli maggiori, che implicano logicamente il rispetto degli *standard* adeguati ed uniformi fissati nelle leggi statali (sentenze n. 193 del 2010 e n. 61 del 2009). Già sotto l'impero del precedente testo dell'art. 117 Cost., questa Corte, con riferimento alla potestà legislativa esclusiva delle Regioni a statuto speciale, aveva precisato che il vincolo derivante dalla norma statale prima citata «non dipende da una determinata qualificazione della norma che ne esplicita la consistenza, ma dalla stessa previsione costituzionale della tutela della natura attraverso lo strumento delle aree naturali protette» (sentenza n. 366 del 1992). Dopo la riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione, questa Corte ha riconosciuto, come si accennava sopra, con giurisprudenza costante, la competenza legislativa piena dello Stato in materia di aree naturali protette (*ex plurimis*, sentenze n. 272 del 2009, n. 387 del 2008, n. 108 del 2005, n. 422 del 2002).

4. - Devono essere ritenute prive di fondamento le ricostruzioni prospettate dalla difesa regionale, la quale lamenta il mancato esperimento, da parte del giudice *a quo*, di un'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione censurata. In particolare, secondo la Regione Liguria, il rimettente non avrebbe tenuto conto del mutamento del contesto normativo operato dalla legge 11 febbraio 1992, n. 157 (Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio), che si ispirerebbe al principio della "caccia programmata", al posto del precedente criterio della "caccia controllata", cui invece si ispiravano la legge 27 dicembre 1977, n. 968 (Principi generali e disposizioni per la protezione e la tutela della fauna e la disciplina della caccia) e la legge n. 394 del 1991. Sul punto si deve chiarire che l'oggetto delle leggi n. 394 del 1991, relativa alle aree protette, e n. 157 del 1992, relativa invece alla protezione della fauna e al prelievo venatorio, è diverso. La prima si occupa soltanto del prelievo venatorio nelle aree protette e nelle zone contigue e presenta pertanto carattere di specialità rispetto alla seconda. Inoltre, il tenore letterale della disposizione censurata non consente un'interpretazione conforme a Costituzione, vale a dire alla normativa statale interposta, che, per il criterio di specialità, è la legge n. 394 del 1991 e non, come affermato dalla difesa regionale, la legge n. 157 del 1992. Non può neppure essere accolto il rilievo della Regione Liguria, secondo cui l'art. 32 della legge n. 394 del 1991 non riguarderebbe le aree naturali protette regionali, ma solo quelle statali. Si deve notare, in senso contrario, che l'art. 21, comma 1, lettera b), della legge n. 157 del 1992, richiamata dalla stessa difesa regionale quale normativa interposta, prevede espressamente l'applicazione dell'art. 32, comma 3, della legge n. 394 del 1991 ai parchi naturali regionali. Peraltro, lo stesso legislatore ligure ha esplicitamente riconosciuto l'applicabilità del citato art. 32 anche alle aree naturali protette regionali (art. 17, comma 3, della legge della Regione Liguria 22 febbraio 1995, n. 12 - Riordino delle aree protette).

5. - Deve essere disattesa infine la richiesta, avanzata in via subordinata rispetto alla domanda principale di accoglimento, dalla interveniente Onlus Associazione Verdi Ambiente e Società - V.A.S., tendente alla dichiarazione di inammissibilità della questione, in quanto il giudice rimettente avrebbe dovuto applicare direttamente la norma statale interposta, anche alla luce della primarietà del valore della tutela dell'ambiente. L'assunto è infondato, perché il rapporto tra norme regionali e norme statali interposte non può

essere confuso con quello tra norme statali e norme comunitarie, che, come è noto, legittima il giudice comune a non applicare la norma interna contrastante con quella comunitaria ad efficacia diretta.

6. - Per le considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 25, comma 18, della legge reg. Liguria n. 29 del 1994, proposta dal Tribunale amministrativo regionale della Liguria, deve essere accolta, nei limiti di cui al dispositivo della presente sentenza.

P.Q.M.

La Corte Costituzionale

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 25, comma 18, della legge della Regione Liguria 1° luglio 1994, n. 29 (Norme regionali per la protezione della fauna omeoterma e per il prelievo venatorio), nella parte in cui consente la caccia nelle cosiddette aree contigue anche a soggetti non residenti nelle aree medesime.

(1-2) L'attività venatoria nella Regione Liguria ancora una volta censurata dalla Corte costituzionale

1. L'art. 25, comma 18, della legge della Regione Liguria 1° Luglio 1994, n. 29 (Norme regionali per la protezione della fauna omeoterma e per il prelievo venatorio), col consentire un esercizio venatorio più ampio rispetto alla normativa statale, recata dalla legge n. 394 del 1991, avrebbe, secondo il Tribunale Amministrativo della Liguria che ha sollevato la relativa questione di legittimità costituzionale, violato l'art. 117, secondo comma, lett. s) della Costituzione, che attribuisce, tra l'altro, alla competenza esclusiva dello Stato la materia della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema.

In effetti, la norma regionale permette l'esercizio venatorio nelle aree contigue dei parchi(1) «nella forma di caccia controllata riservata ai cacciatori aventi diritto all'accesso negli Ambiti territoriali di caccia e dei Comprensori alpini su cui insiste l'area contigua naturale protetta», laddove in base agli altri commi dell'art. 25 della legge reg. n. 29/1994, gli aventi diritto possono essere, a certe condizioni, non solo i residenti(2), come indicato nella normativa statale, ma anche i cacciatori provenienti da altri Ambiti territoriali di caccia(3), o addirittura da altre Province e Regioni(4).

2. Alla base del rilevato contrasto, si pone la giurisprudenza costante della Corte, che ha, infatti, chiarito come la trasformazione della competenza legislativa regionale in materia da concorrente a residuale non avrebbe fatto venir meno la forza vincolante delle norme recate dalla precitata legge statale, le quali oggi assumono la veste di *standard* minimi uniformi, nell'esercizio della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost.

I precedenti a cui la Corte si è richiamata sono le sentenze nn. 61 del 2009 e 193 del 2010: con la prima pronuncia, in materia di rifiuti, la Corte ha affermato che «le Regioni, nell'esercizio delle loro competenze, debbono rispettare la normativa statale di tutela dell'ambiente, ma possono stabilire per il raggiungimento dei fini propri delle loro competenze (in materia di tutela della salute, di governo del territorio, di valorizzazione dei beni ambientali, etc.) livelli di tutela più elevati», richiamando, fra le altre, la sentenza n. 378 del 2007, secondo cui «la disciplina ambientale, che scaturisce dall'esercizio di una competenza esclusiva dello Stato, quella in materia di "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema", [...] viene a funzionare come

un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza, per cui queste ultime non possono in alcun modo derogare o peggiorare il livello di tutela ambientale stabilito dallo Stato»(5).

Con la sent. n. 193 del 2010, la Corte ha ribadito che «Il divieto di caccia [...] è una delle finalità più rilevanti che giustificano l'istituzione di un'area protetta, poiché oggetto della caccia è la fauna selvatica, bene ambientale di notevole rilievo, la cui tutela rientra nella materia "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema", affidata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, che deve provvedervi assicurando un livello di tutela, non "minimo", ma «adeguato e non ridicibile», come ha puntualizzato la più recente giurisprudenza di questa Corte, restando salva la potestà della Regione di prescrivere, purché nell'esercizio di proprie autonome competenze legislative, livelli di tutela più elevati»(6).

D'altronde, già sotto la vigenza del precedente art. 117 Cost., la Corte, con riferimento alla potestà esclusiva delle Regioni a Statuto speciale, aveva precisato (sentenza n. 366 del 1992) che «il divieto della caccia nella zona protetta e la limitazione della stessa nelle zone contigue ineriscono alle finalità essenziali della protezione della natura e, in particolare, a quelle attinenti ai parchi e alle riserve naturali». Pertanto, il vincolo derivante dall'art. 32, comma 3, della legge 6 dicembre 1991 n. 394, nei confronti delle Regioni a Statuto speciale «non dipende da una determinata qualificazione della norma che ne esplicita la consistenza, ma dalla stessa previsione costituzionale della tutela della natura attraverso lo strumento delle aree naturali protette». Aree naturali protette in ordine alle quali la giurisprudenza costante della Corte ha sempre riconosciuto, dopo la riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione, la competenza legislativa piena dello Stato, ricomprendendo la materia nell'ambito dell'ambiente e dell'ecosistema e rientrando, quindi, nella competenza legislativa esclusiva dello Stato di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost.(7).

3. Con la sentenza in commento, per la terza volta, nell'arco dell'ultimo decennio, la Corte costituzionale censura la Regione Liguria in materia di caccia e parchi. La Regione si dimostra così particolarmente ostinata sul punto(8), e portatrice di una legislazione lassista, in materia di caccia e parchi, rispetto alla normativa nazionale(9).

Con la sentenza n. 20 del 2000, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 47, numero 8 della delibera legislativa approvata dal Consiglio regionale della Liguria il 12 marzo 1997 e riapprovata il 22 aprile 1997, recante modifiche ed integrazioni alla legge regionale 22 febbraio 1995, n. 12 (Riordino delle aree protette). La decisione aveva fatto leva sul limite contenuto nella legislazione nazionale sulle aree protette e sulla protezione della fauna selvatica(10), la quale sancisce un esplicito divieto, penalmente sanzionato, di attività venatoria, tra l'altro, nei parchi naturali regionali, «divieto che la giurisprudenza costituzionale ha costantemente considerato come principio fondamentale in grado di vincolare la competenza regionale in materia (da ultimo, cfr. sentenza n. 389 del 1999)». La norma censurata, seppur formulata in modo che il suo oggetto sembrasse consistere nel divieto di attività venatoria, rinviava alla disciplina dei piani faunistico-venatori provinciali fino all'adozione del piano del parco, senza prestabilire un termine finale per l'adozione del predetto piano. I piani provinciali, secondo quanto espressamente stabilisce l'art. 6 della legge regionale n. 29 del 1994, prevedono parti di «territorio agro-silvo-pastorale in cui è ammessa la caccia»: in questo modo, invocando la pretesa transitorietà della disposizione impugnata, l'attività venatoria poteva essere praticata nei predetti territori per un tempo indefinito, rendendo così configurabile

una «elusione sostanziale» del principio fondamentale del divieto di caccia.

Con la sentenza n. 272 del 2009, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge della Regione Liguria 23 ottobre 2007, n.34 (Istituzione del Parco regionale delle Alpi Liguri)(11), nella parte in cui attribuivano al Parco naturale regionale lo scopo di «tutelare», oltre che di valorizzare, il patrimonio naturale, il patrimonio etnoantropologico ed il paesaggio, violando così l'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., in quanto incidenti in un ambito, quello della tutela del patrimonio ambientale e paesaggistico, riservato in via esclusiva allo Stato. Inoltre, la Corte ha censurato la legge regionale citata nella parte in cui(12) prevedeva che, nelle aree qualificate come «paesaggio protetto», non fossero operanti i limiti e i divieti all'attività venatoria, di cui alle leggi quadro statali, in quanto lesiva della competenza esclusiva statale in materia di ambiente. A tal fine la Corte ha richiamato quanto sancito nella propria sentenza n. 165 del 2009, secondo la quale «questa Corte ha più volte sottolineato che "la disciplina statale che delimita il periodo venatorio [...] è stata ascritta al novero delle misure indispensabili per assicurare la sopravvivenza e la riproduzione delle specie cacciabili, rientrando in quel nucleo minimo di salvaguardia della fauna selvatica ritenuto vincolante anche per le Regioni speciali e le Province autonome" e che "le disposizioni legislative statali che individuano le specie cacciabili" hanno carattere di norme fondamentali di riforma economico-sociale (sentenza n. 227 del 2003 che richiama la sentenza n. 323 del 1998)(13)».

Paolo Gozzi

(1) Ai sensi dell'art. 32 della legge 6 dicembre 1991, n. 394, «le regioni, d'intesa con gli organismi di gestione delle aree naturali protette e con gli enti locali interessati, stabiliscono piani e programmi e le eventuali misure di disciplina della caccia, della pesca, delle attività estrattive e per la tutela dell'ambiente, relativi alle aree contigue alle aree protette, ove occorra intervenire per assicurare la conservazione dei valori delle aree protette stesse. I confini delle aree contigue [...] sono determinati dalle regioni sul cui territorio si trova l'area naturale protetta, d'intesa con l'organismo di gestione dell'area protetta».

(2) Art. 25, comma 4, legge reg. n. 29/1994.

(3) Art. 25, comma 5, legge reg. n. 29/1994.

(4) Art. 25, commi 6, 8 e 9, legge reg. n. 29/1994.

(5) Sul punto, A. Roccella, *Autonomie speciali e tutela dell'ambiente (nota a Corte Cost. 14 novembre 2007, n. 378, con richiamo anche a n. 380 del 2007)*, in *Le Regioni*, 2008, n. 2.

(6) In tema di prelievo venatorio, quanto alle competenze fra Stato e regioni prima e dopo la riforma del Titolo V, si vedano C. Scheggi, *Il riparto di competenze Stato-Regioni in materia di termini di chiusura venatoria alla luce della riforma costituzionale. Una compressione delle potestà regionali*, in *Dir. e giur. agraria e dell'ambiente*, 2005; A. Citarella, *Il regime penale della caccia tra normativa comunitaria e legislazione regionale*, in *Cass. pen.*, 2004; C. Greca, *Deroga al prelievo venatorio da parte delle Regioni alla legge n. 157/1992: illegittimità costituzionale*, in *Dir. e giur. agraria e dell'ambiente*, 2003; S. Grassi, *La ripartizione di competenze fra Stato e regioni in materia di specie protette: il nuovo assetto costituzionale modifica qualcosa?*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2002; P. Brambilla, *In tema di caccia. La ripartizione di competenze tra Stato e Regioni nell'attuazione del diritto comunitario in materia di specie cacciabili*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2000; P. Caretti, *Direttive comunitarie "facoltizzanti" e potestà regionale di attuazione*, in *Le Regioni*, 1999; T. Groppi, *La caccia al fringuello e alla peppola: la Corte Costituzionale risolve una questione di costituzionalità "applicando i comuni criteri di interpretazione delle leggi"*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1995.

(7) Per un'analisi della natura concettuale della "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" prima e dopo la riforma del Titolo V, si vedano P. Caretti - V. Boncinelli, *La tutela dell'ambiente negli sviluppi della giurisprudenza costituzionale pre e post-riforma del Titolo V*", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, n. 6; M. Cecchetti, *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma costituzionale del Titolo V? (nota a Corte Costituzionale n. 407/2002)*, in *Le Regioni*, 2003, n. 1; S. Mangiameli, *Sull'arte di definire le materie dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003.

(8) Senza dimenticare che la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, il 15 maggio 2008, ha dichiarato violata da parte della Regione Liguria, con la legge reg. 31 ottobre 2006, n. 36, la Direttiva n. 409/79/CEE sulla tutela dell'avifauna, e ha condannato l'Italia alle spese processuali (causa C-503/06). Per un'approfondita analisi della problematica analizzata, prendendo come punto di osservazione proprio la Regione Liguria, sia dalla prospettiva europea che da quella interna, si veda P. Costanzo, D. Banfi, G. Bobbio, L. Trucco, G. Tacogna, *La disciplina della caccia in un sistema multilivello*, in *Federalismi.it* del 24 gennaio 2007, anno V, n. 2.

(9) Le prime reazioni alla sentenza n. 315 del 2010 appaiono in linea con la politica regionale portata avanti in questi anni: uno dei componenti dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale ha avvertito il bisogno di affermare che la Corte costituzionale «ancora una volta penalizza i cacciatori senza ottenere risultati significativi» sottolineando come questo «accenda il dibattito sulla necessità o meno di tenere ancora in vita alcuni Parchi naturali regionali, incapaci di produrre risultati». Dal canto suo, l'Assessore regionale alla caccia, pur dichiarandosi fermamente contrario alla chiusura dei parchi regionali, ha concluso che «purtroppo gli equilibri raggiunti in questi anni con fatica e impegno sono stati messi in discussione da chi è, a priori, contro ogni forma di attività venatoria, così come è avvenuto nelle Alpi Liguri con un ricorso contro il paesaggio protetto. Il risultato è stato quello di aver ridotto sensibilmente le dimensioni del parco». Successivamente, il 7 dicembre 2010, il Consiglio regionale approva la legge reg. n. 21 (in *BUR Liguria* n. 16 del 9 dicembre 2010), con cui si provvede ad abolire le aree contigue ai parchi regionali liguri, con l'unica eccezione delle aree contigue speciali individuate dal piano del parco di Montemarcello Magra.

(10) Art. 22, comma 6 della legge n. 394 del 1991 e artt. 21, comma 1 lettera b e 30, comma 1 lettera d della legge n. 157 del 1992.

(11) Precisamente, dell'art. 2, comma 1, lettere a), b) e c), sia nel testo originario che nel testo risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 1, comma 2, della legge reg. 3 aprile 2008, n. 6.

(12) Legge reg. n. 34/2007, art. 8, comma 1, lettera c).

(13) Sul punto, A. Buratti, *La tutela dell'ambiente come «valore costituzionalmente protetto» in due recenti Sentenze della Corte costituzionale*, in *Rivistaic.it*, 2003.

Giudice di pace di Genova, ord. 9 giugno 2010, Rg. 2566/10 - Giudice Paolicchi - ricorrente X (Avv. Fiorato) c. Prefettura di Genova.

DIRITTI fondamentali - libertà sessuale - diritto della persona costituzionalmente tutelato - principio di eguaglianza.

DIRITTI fondamentali - asilo - diritto costituzionale-presupposti- violazione della libertà sessuale- sussistenza.

La prova della discriminazione subita dallo straniero nel proprio paese d'origine, in ragione dell'orientamento sessuale omosessuale, fonda una lesione della libertà sessuale, che in quanto libertà democratica rientra nella previsione di cui all'art. 10, III co., Cost,

configurando per il soggetto la possibilità di vedersi riconosciuto il diritto d'asilo costituzionale, che deve declinarsi come diritto della persona, direttamente azionabile. (1)

La libertà sessuale, in quanto diritto della persona, rientra nel catalogo dei diritti fondamentali sanciti dall'art. 3 della Costituzione italiana, e per tanto deve essere riconosciuto e garantito dall'ordinamento nei confronti di tutti gli individui. (2)

(...Omissis...) A scioglimento della riserva di cui all'udienza del 03.06.2010, relativa al ricorso presentato da , nato in Ecuador, il , asseritamente domiciliato in Genova, Via , elettivamente domiciliato in Genova, Via , presso e nello studio dell'Avv. Damiano Fiorato, che lo rappresenta e difende come da mandato in atti, contro il decreto di espulsione n. 053197/Ca. a. 11/ Uff. Imm., emanato dal Prefetto di Genova il 12.02.2010.

Letti i motivi del ricorso, esaminati gli atti e documenti di causa, ascoltate le conclusioni delle parti.

Rilevato che il cittadino ecuadoriano , identificato a mezzo passaporto n. , rilasciato in data , dalle Autorità ecuadoriane, che ha dichiarato su apposito modulo plurilingue di essere entrato nel territorio dello Stato, attraverso il confine di Milano, sottraendosi ai controlli di frontiera, è stato espulso dal territorio dello Stato italiano in quanto non ha ottemperato all'ordine di lasciare il T. N. emesso dal Questore della Provincia di Genova, in data 22.12.2005.

Rilevato che in data 19 maggio 2010 il ricorrente ha presentato alla Questura di Genova istanza finalizzata al riconoscimento dello Status di rifugiato, in quanto oggetto nel suo paese di origine a persecuzioni riguardanti la sua condizione omosessuale.

Considerato che l'art. 10 della Costituzione italiana prevede, al comma 3, il diritto di asilo per lo straniero al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione Italiana.

Rilevato che l'art. 3 della Costituzione italiana riconosce fra i diritti della persona tutelati il diritto alla libertà sessuale.

Considerato che il diritto di asilo costituisce un diritto della persona che deve essere riconosciuto e tutelato nei confronti dello straniero, che dimostri la situazione dello Stato di provenienza e sia in attesa di una risposta definitiva riguardante il suo stato di rifugiato.

Rilevato altresì che riguardo al ricorrente non vi è ancora una risposta definitiva riguardo al suo status di rifugiato e che comunque nelle more egli ha diritto all'asilo sul T. N. previsto dall'art. 10 della Costituzione.

Considerato che comunque, in caso di esito negativo della richiesta di asilo presentata è prevista l'emissione di un nuovo decreto di espulsione.

Considerato che i motivi addotti dal ricorrente sono legittimi in quanto dagli elementi prodotti in atti egli risulta perseguitato nel suo paese.

Rilevato infine che vive da tempo sul territorio italiano, integrato socialmente e senza alcun problema con la giustizia.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso e annulla il decreto di espulsione del Prefetto di Genova n. 05309 Ca. a. 11/ Uff. Imm., in data (...Omissis...)

(1-2) La discriminazione nel paese d'origine perché transessuali giustifica l'annullamento del decreto di espulsione.

Il Giudice di pace di Genova ha accolto, il 9 giugno 2010, il ri-

corso proposto da un cittadino ecuadoriano transessuale, avverso il decreto di espulsione, emanato dal Prefetto di Genova, annullando il decreto medesimo(1). Le motivazioni dell'annullamento, che sembra rappresentare, per la natura del caso, ad oggi, un *unicum* nel panorama giurisprudenziale italiano, si sono basate essenzialmente sulla circostanza che il ricorrente, contemporaneamente alla proposizione del ricorso, aveva presentato istanza presso la Questura di Genova, finalizzata al riconoscimento dello *status* di rifugiato, in quanto oggetto nel suo paese d'origine di persecuzioni, legate alla sua identità di genere transessuale. Alla luce di tale domanda il giudice ha, infatti, ravvisato l'applicabilità dell'art. 10 Cost., che, al comma 3, prevede il diritto di asilo per lo straniero al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche, garantite dallo stesso dettato costituzionale. Tale applicazione diretta della disposizione appare di grande interesse, dal momento che questa previsione, fortemente voluta dai Padri costituenti, è andata incontro nella storia repubblicana ad un frustrante, quanto incomprensibile, vuoto normativo, tanto che a più di sessant'anni dall'entrata in vigore della Carta costituzionale, manca tuttora una legge chiamata ad attuare in modo organico la riserva posta dall'art. 10, co. 3, Cost(2). In un primo tempo, l'inottemperanza del legislatore ha portato la giurisprudenza amministrativa(3) a ritenere il diritto d'asilo costituzionale non già tra le disposizioni costituzionali immediatamente precettive, ma tra le c.d. norme programmatiche della Costituzione(4). Tale orientamento, per vero piuttosto risalente, è stato, poi, progressivamente capovolto dalla giurisprudenza costituzionale, che ha affermato la possibilità di applicare immediatamente la previsione dell'asilo costituzionale, che dunque non rappresenta un'aspettativa per il soggetto, bensì un diritto costituzionalmente garantito(5). Dal canto suo, la Cassazione ha avuto modo di chiarire come: "Il carattere precettivo e la conseguente immediata operatività della disposizione costituzionale sono da ricondurre al fatto che essa, delinea con sufficiente chiarezza e precisione la fattispecie che fa sorgere in capo allo straniero il diritto di asilo, individuando nell'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche la causa di giustificazione del diritto ed indicando l'effettività quale criterio di accertamento della situazione ipotizzata"(6). Se, dunque, la condizione dello straniero richiedente asilo deve essere valutata sulla base di un parametro di concretezza, al fine di verificare l'effettivo impedimento all'esercizio delle libertà democratiche, come garantite nella Costituzione italiana(7), nel caso in commento, il Giudice di pace ha fondato la prova della concreta lesione della libertà sessuale su un'articolata indagine difensiva, in cui membri della comunità ecuadoriana genovese, confermavano la circostanza che vede in Ecuador le persone omosessuali e transessuali essere sistematicamente vessate, e fatte oggetto di violenze, da parte di bande di giovani "latinos", i quali godrebbero di una certa connivenza da parte delle forze di polizia(8). Pertanto, tali elementi hanno portato l'autorità giudicante a ritenere del tutto provata la negazione della libertà sessuale in Ecuador. Quindi, è proprio la lesione concreta delle libertà democratiche, intese nel loro intreccio costituzionale, a rilevare come presupposto per fondare la sussistenza del diritto d'asilo(9): tra queste libertà, non espressamente nominate, ma configurabili entro il capiente alveo dell'art. 2 Cost., va, dunque, ricompresa anche la libertà sessuale, la cui lesione integra la previsione costituzionale di cui all'art. 10 co. III (10). Infatti, il Giudice, nel configurare il diritto d'asilo, conferma una lettura aperta del catalogo di diritti di cui all'art. 2 Cost., argomentando come, tra le libertà tutelate nel novero costituzionale, vi sia pure la libertà sessuale, o, meglio, come questa trovi una sua precisa emersione, nonché tutela, nel disposto di cui all'art. 3, comma 1, Cost. Non si può escludere, del resto, che il man-

cato godimento anche di una sola delle libertà democratiche, garantite dalla Costituzione italiana, possa effettivamente determinare per un certo soggetto straniero una condizione di intollerabile discriminazione nel paese d'origine, cui la stessa Carta costituzionale ha inteso fornire un esplicito rimedio con l'art. 10, comma 3, Cost, consacrando uno dei fini primari dell'ordinamento italiano, ovvero il pieno sviluppo della persona umana(11).

Tale interpretazione sistematica del complesso di libertà costituzionalmente rilevanti, che si legano allo sviluppo della personalità del soggetto, appare, peraltro, del tutto coerente con quanto la Corte costituzionale ha affermato nella sentenza n. 161/1985(12), dove, respingendo le censure di legittimità costituzionale della legge 164/1982, ha chiarito come: "L'intervento chirurgico di rettificazione del sesso costituisce un mezzo terapeutico efficace per la tutela della salute psichica del transessuale" e quindi tale intervento concretizza: "L'esigenza fondamentale della persona umana alla propria identità sessuale, che è un aspetto ed un fattore di svolgimento della personalità". Talché anche il divieto di discriminazione per motivi legati al sesso si riverbera anche a vantaggio dei soggetti transessuali e omosessuali. Di conseguenza, la frustrazione dell'esercizio delle corrispondenti libertà nel paese d'origine, ben può costituire il presupposto per la fruizione del diritto di asilo

Del resto, l'art. 19, comma 1 del T.U. sull'immigrazione prevede che in nessun caso possa disporsi l'espulsione ed il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzioni, per motivi di sesso, di razza e di lingua: nel caso di specie, infatti, se il soggetto fosse stato espulso, sarebbe stato esposto con grandissima probabilità ad un grave pregiudizio, in quanto perseguitato nel suo paese(13).

Daniele Ferrari

(1) In particolare il ricorso è stato proposto ex art. 13, co. 8 D.L.vo n. 286/1998, meglio conosciuto come "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulle condizioni dello straniero", così come novellato dalle modifiche introdotte dal D.lgs. n. 380/1998, dal D.lgs. n. 113/1999, dal D.L. 4 aprile 2002, n. 51, dalla Legge n. 189/2002, dalla Legge n. 289/2002, dal D.lgs. n. 87/2003, dal D.L. n. 241/2004, dal D.L. n. 144/2005, dal D.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3, dal D.lgs. 8 gennaio 2007, n. 5, dal D.L. 15 febbraio 2007, n. 10, dal D.lgs. 10 agosto 2007, n. 154, dal D.lgs. 9 gennaio 2008, n. 17, dal Decreto Legge 23 maggio 2008, n. 92 e dalla Legge 15 luglio 2009, n. 94, che espressamente prevede: "Avverso il decreto di espulsione può essere presentato unicamente il ricorso al giudice di pace del luogo in cui ha sede l'autorità che ha disposto l'espulsione. Il termine è di sessanta giorni dalla data del provvedimento di espulsione. Il giudice di pace accoglie o rigetta il ricorso, decidendo con unico provvedimento adottato, in ogni caso, entro venti giorni dalla data di deposito del ricorso. Il ricorso di cui al presente comma può essere sottoscritto anche personalmente, ed è presentato anche per il tramite della rappresentanza diplomatica o consolare italiana nel Paese di destinazione. La sottoscrizione del ricorso, da parte della persona interessata, è autenticata dai funzionari delle rappresentanze diplomatiche o consolari che provvedono a certificarne l'autenticità e ne curano l'inoltro all'autorità giudiziaria. Lo straniero è ammesso all'assistenza legale da parte di un patrocinatore legale di fiducia munito di procura speciale rilasciata avanti all'autorità consolare. Lo straniero è altresì ammesso al gratuito patrocinio a spese dello Stato, e, qualora sia sprovvisto di un difensore, è assistito da un difensore designato dal giudice nell'ambito dei soggetti iscritti nella tabella di cui all'articolo 29 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto leg-

islativo 28 luglio 1989, n. 271, nonché, ove necessario, da un interprete”.

(2) Il tentativo più avanzato di regolare tale materia è stato sinora effettuato con il d.d.l. A.P. Senato n. 203- B, approvato nel corso della XIII legislatura dal Senato della Repubblica il 5 novembre 1998, poi dalla Camera dei deputati il 7 marzo 2001 con modificazioni e successivamente decaduto per il termine della legislatura. Si era infatti assistito all'improvviso stralcio della disciplina del diritto di asilo dal d.d.l. governativo, in materia di immigrazione e condizione giuridica dello straniero, disciplinate nella legge n. 40 del 1998.

(3) È stato così sostenuto dal Consiglio di Stato che la previsione costituzionale in materia d'asilo difettesse di quell'evidente concretezza, tale da configurarne un'immediata applicazione. Così Cons. St., sez. IV, 27 febbraio 1952, n. 208; analogamente Cons. St., sez. IV, 2 maggio 1958, n. 374.

(4) Tale distinzione è stata definita da autorevole dottrina come: "una specie di vendetta postuma del fascismo", così U. ROMAGNOLI, Art. 3, 2 comma, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna- Roma, 1975, p. 172.

(5) Di grande interesse C. cost., sent. 1/1956, decisione in cui la Corte formula tre fondamentali motivazioni, in ordine all'art. 10, 3 co., Cost: 1) Sulla precettività chiarisce come: "Se pure in una parte necessitasse di disposizioni legislative di applicazione, essa contiene tuttavia, senza possibilità di dubbio, una disciplina completa di alcune parti dell'istituto ed una precisa delimitazione dei poteri della legge"; 2) Riconosciuta la diretta applicabilità dell'enunciato in commento la situazione soggettiva del richiedente asilo si eleva: "Da aspettativa al grazioso assolvimento di un impegno etico- politico, assunto dallo Stato, al rango di diritto costituzionalmente garantito". 3) Tale diritto può inoltre definirsi perfetto, in quanto il suo fondamento necessario e sufficiente, nonché la sua causa di giustificazione, risiedono entrambe nella sola Costituzione.

(6) Cass. Civ, 26 maggio 1997, n. 4674, in *Dir. famiglia*, 1997, 1345.

(7) Sulla necessità di verificare in concreto la violazione delle libertà democratiche si rinvia a MARCO BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 2007, p. 66 ss.

(8) Nella narrativa del ricorso si dava conto di come: "L'orientamento sessuale omosessuale del ricorrente, nonché la sua identità di genere che lo vedeva vestirsi preferibilmente da donna, non solo durante gli spettacoli cui partecipava come ballerino, ma anche nella vita di tutti i giorni, avevano reso le sue condizioni personali e di vita molto precarie. Infatti sia all'interno della realtà familiare, dove il padre era solito percuoterlo con brutalità, sia all'esterno, temeva per la propria incolumità".

(9) Sulla portata dell'art. 2 Cost. in dottrina vi sono due posizioni: La prima impostazione, accolta da autorevoli sostenitori (Pace, Barile, Caretti), si fonda sulla considerazione che la formula contenuta nell'articolo 2 è riassuntiva di tutte le libertà espressamente garantite nelle successive disposizioni costituzionali (articoli 13-21 della Cost.), ma soggetta a potenziale estensione attraverso un'attività interpretativa rivolta ad ampliare il significato della normativa esistente. La seconda impostazione, quella che considera il dettato dell'articolo 2 una disposizione a fattispecie aperta, e sostenuta da una parte consistente della dottrina (Barbera, Ferri, Grossi, Martines, Pizzorusso, Perlinger)

accoglie il principio che l'articolo 2 della Costituzione non si esaurisca nelle libertà espressamente garantite, ma sia in grado di ricomprendere tutte le nuove domande di libertà riconosciute dalla giurisprudenza e dal legislatore ordinario.

(10) Tale diritto deve essere letto anche alla luce delle fonti comunitarie, in quanto in materia di diritti, l'Unione Europea, confermando sempre di più la sua vocazione politica, ha solennemente proclamato nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza)- *Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea 14-12-2007 C-303/01* che "l'Unione si fonda sui valori indivisibili ed universali della dignità umana, della libertà, dell'eguaglianza e della solidarietà...pone le persone al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia". Orbene tali enunciazioni, formulate nel preambolo trovano nell'articolato che segue una variegata specificazione in tema di diritti della persona, in particolare in tema di dignità umana (art.1)- integrità della persona (art.3)-libertà e sicurezza (art.6)- diritto di asilo (art.18)- protezione in caso di allontanamento, espulsione o estradizione (art.19)-non discriminazione (art.21). Con il Trattato di Lisbona -*gazzetta ufficiale dell'Unione Europea 306/3-* del 17/12/2007, entrato in vigore in Italia il 1 dicembre 2009, che introduce fondamentali modifiche al Trattato sull'Unione Europea ed al Trattato che istituisce la Comunità Europea, la Carta soprannominata ha acquisito valore di giuridico al pari dei trattati istitutivi, e di conseguenza le sue disposizioni vanno ad assumere valore giuridico vincolante per tutti gli stati membri, che le devono rispettare ed ottemperare al pari delle rispettive carte costituzionali.

(11) In questo senso si rinvia a G. AMATO e A. BARBERA, *Le situazioni soggettive*, in G. AMATO e A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, V ed. 1997, vol. I, p. 309, che tuttavia rinvia alla fonte legislativa per l'individuazione puntuale di tale libertà.

(12) Tale legge consente il cambiamento di sesso per effetto di una sentenza passata in giudicato, che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita, a seguito di intervenuta modificazione dei suoi caratteri sessuali.

(13) Su presupposti analoghi la Corte di Cassazione, 18.1.2008, n. 25640, ha chiarito come non commetta il reato di cui all'art. 14, co. 5 ter, D. LVO. n. 286/98 (omesso ottemperamento dell'ordine di allontanamento dal territorio dello stato intimato dall'autorità) il soggetto straniero che, il cui orientamento sessuale, viene sanzionato penalmente nel paese di provenienza. Analogamente il Giudice di pace di Torino, nell'ord. del 21 dicembre 2004, ha annullato un decreto di espulsione a carico di un cittadino senegalese, sulla base della circostanza che vedeva il ricorrente essere iscritto all'Arci Gay, nonché aver provato a livello documentale il fatto che l'omosessualità venga punita in Senegal, con la pena della reclusione da uno a cinque anni. A questo si aggiunge la condizione degli omosessuali senegalesi, sottoposti a vessazioni e violenze. Tali motivi integrano a parere dell'autorità giudicante una causa di inespellibilità, ai sensi dell'art. 19 d. lgs. n. 286/1998, essendo l'omosessualità una condizione dell'uomo degna di tutela, in conformità ai precetti costituzionali.

MEMBER OF
WORLDHOTELS
PREMIER COLLECTION

GRAND HOTEL SAVOIA

Genova



Ristorante Novecento



Via Arsenale di Terra 5

Di fronte alla Stazione di Piazza Principe

Tel. 010 27 721 - 010 261 641

www.grandhotelsavoia.it



Hotel Continental - Genova
Enterprise Hotel - Milano



Residenza delle Città - Milano
Hotel Ville sull'Arno - Firenze

Massime

Tribunale di Genova, sez. lav., ord. 3 marzo 2010 - Giudice Basilisco - Avv. F. c. INPS.

ASSISTENZA sociale - assegno di invalidità a cittadino straniero - diritto - accertamento mediante giudizio cautelare - incidenza della mancata concessione della provvidenza ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno - periculum in mora - sussistenza.

(Art. 669 - octies, settimo comma, c.p.c.; art. 13, l. 30 marzo 1971, n. 118; art. 13, secondo comma, lettera b, del d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286)

GIUDIZIO cautelare - mancata impugnazione del provvedimento intermedio favorevole nella procedura di concessione dell'assegno d'invalidità - irrilevanza.

(Art. 669 - octies, settimo comma, c.p.c.; art. 13 l. 30 marzo 1971, n. 118)

ASSISTENZA sociale - assegno di invalidità - domanda giudiziale per il riconoscimento del beneficio - decorrenza dei termini dal diniego della domanda in via amministrativa - provvedimento intermedio favorevole al ricorrente - irrilevanza.

(Art. 669 - octies, settimo comma, c.p.c.; art. 13 l. 30 marzo 1971, n. 118; art. 42, terzo comma, del d. l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in l. 24 novembre 2003, n. 326)

ASSISTENZA sociale - assegno di invalidità a cittadino straniero - diritto - sussistenza in base alla giurisprudenza costituzionale in tema di provvidenze - titolarità del permesso per soggiornanti di lungo periodo - irrilevanza - diniego del beneficio - illegittimità.

(Art. 13 l. 30 marzo 1971, n. 118; artt. 9, primo comma, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286; art. 80, comma 19, l. 23 dicembre del 2000, n. 388; art. 42, terzo comma, del d. l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in l. 24 novembre 2003, n. 326, Corte cost. sentenza 30 luglio 2008, n. 306 e sentenza 23 gennaio 2009, n. 11)

Nel procedimento cautelare per l'accertamento con urgenza del diritto all'assegno di invalidità ex art. 13 della l. 30 marzo 1971, n. 118 il requisito del rischio di un danno grave e irreparabile si deve ritenere integrato dalla circostanza che il riconoscimento di tale diritto inciderebbe sulla sussistenza dei presupposti per il rinnovo del permesso di soggiorno e dalla sicura scadenza del termine per il rinnovo nelle more del giudizio ordinario.

L'interesse a ricorrere in relazione alla mancata erogazione di una prestazione sorge solo dal momento della comunicazione del diniego della stessa, quindi la mancata impugnazione in via ordinaria di un provvedimento intermedio favorevole (nel caso di specie la comunicazione da parte della commissione sanitaria competente del riconoscimento dello stato invalidante sufficiente per l'erogazione della prestazione) che precede il diniego della provvidenza non è rilevante ai fini della valutazione della sussistenza del periculum in mora. Parimenti non si può ritenere che l'inerzia del ricorrente abbia creato la situazione di rischio per

l'interesse fatto valere in giudizio e che lo stesso avrebbe dovuto agire in via ordinaria in una fase del procedimento in cui non vi era stata contestazione del suo diritto.

Il termine di decadenza per la proposizione della domanda giudiziale per il riconoscimento del beneficio d'invalidità, ai sensi dell'art. 42, terzo comma, del d. l. 30 settembre 2003, n. 269 (convertito in l. 24 novembre 2003, n. 326) decorre dalla data in cui il ricorrente ha avuto notizia del diniego della domanda in sede amministrativa. Nella valutazione della tempestività del ricorso deve essere presa in considerazione solo la comunicazione di provvedimenti almeno in parte negativi, senza che possa essere considerato rilevante a questo scopo un provvedimento intermedio favorevole al ricorrente, da cui certamente non può sorgere l'interesse all'azione giurisdizionale.

È illegittima l'esclusione dello straniero dall'accesso all'erogazione dell'assegno di invalidità ex art. 13 della l. 30 marzo 1971, n. 118 in quanto non titolare di permesso di soggiorno di lungo periodo, sulla base della dichiarazione d'illegittimità costituzionale degli artt. 80, comma 19, della l. 23 dicembre del 2000, n. 388 e 9, comma 1, del d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, in relazione alla mancata estensione dell'accesso alle provvidenze ivi previste ai cittadini stranieri extracomunitari privi di requisiti di reddito per soggiornare stabilmente nel territorio dello Stato.

G.CU.

TAR Liguria, sez. II, 25 novembre 2011, n. 10644 - Pres. Di Sciascio - Est. Ponte - USD Sanremese Calcio s.r.l. (Avv.ti Tofi e Rizzo) c. Comune di Sanremo (Avv.ti Fadda, Rossi e Sfamurri) e c. USD Sanremese Calcio 1904 s.r.l. (Avv.ti Deluigi e Saguato).

ATTO amministrativo - acquiescenza al provvedimento amministrativo - ricorso giurisdizionale - inammissibilità.

Sussiste acquiescenza ad un provvedimento amministrativo nel caso in cui ci si trovi in presenza di atti, comportamenti o dichiarazioni univoci, posti liberamente in essere dal destinatario dell'atto, che dimostrino la chiara ed incondizionata volontà dello stesso di accettarne gli effetti e l'operatività (nella specie, parte ricorrente aveva dichiarato espressamente la propria rinuncia alla proroga della gestione del complesso sportivo nel caso in cui fosse consentito l'affidamento alla controinteressata, al fine di favorirne l'attività agonistica e sportiva. L'accettazione degli effetti dell'atto poi contestato in sede giurisdizionale, non era condizionata bensì giustificata espressamente anche al fine di agevolare lo svolgimento dell'attività sportiva).

J.V.

T.A.R. Liguria, sez. I, 8 luglio 2010, n. 271 (ordinanza) - Pres. Pupilella - Est. Morbelli - Elena Lanzi (Avv. Granara) c. Ministero della Giustizia, Commissione Esami Avvocato - Sessione 2009 - c/o Corte D'Appello di Genova, Commissione Esami Avvocato - Sessione 2009 - c/o Corte D'Appello di Cagliari (Avv. Stato).

AVVOCATO - esame per l'iscrizione all'Albo - prove

scritte - annullamento delle prove per copiatura di ampi stralci di sentenza ritenuta non presente in codici ammessi alla consultazione- annullamento della prova - ricorso della candidata e istanza incidentale di sospensione - accertata presenza delle argomentazioni della candidata in codici ammessi alla consultazione - volontà della candidata di dichiarare la fonte di provenienza delle argomentazioni sostenute - accoglimento dell'istanza di sospensione - ordine di riesame della prova alla competente Sottocommissione.

(R.D. 22 gennaio 1934, n. 37, art. 23; D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 55)

L'elaborato, annullato dalla commissione esaminatrice per la citazione di ampi stralci di una sentenza, erroneamente non ritenuta presente in uno dei codici ammessi alla consultazione nel corso della prova scritta dell'esame per l'abilitazione alla professione di Avvocato, deve essere riesaminato da parte della Sottocommissione d'esame alla luce della presenza della sentenza in codici effettivamente ammessi alla consultazione, della presenza nella sentenza delle argomentazioni idonee alla soluzione positiva del quesito oggetto della prova e della volontà della candidata di dichiarare la fonte di provenienza delle argomentazioni sostenute.

T.A.R. Liguria, sez. I, 24 settembre 2010, n. 394 (ordinanza) - Pres. FF Bianchi - Est. Ponte - Elena Lanzi (Avv. Granara) c. Ministero della Giustizia, Commissione Esami Avvocato - Sessione 2009 - c/o Corte D'Appello di Genova, Commissione Esami Avvocato - Sessione 2009 - c/o Corte D'Appello di Cagliari (Avv. Stato).

AVVOCATO - esame per l'iscrizione all'Albo - prove scritte - annullamento delle prove per copiatura - sospensione dell'atto di annullamento- ordine di riesame della prova da parte della commissione esaminatrice - giudizio negativo meramente numerico - attribuzione di voti tutti uguali dai singoli commissari - assenza di segni grafici - assenza di motivazione - ricorso della candidata e istanza incidentale di sospensione - ritenuta impossibilità di verificare l'effettivo adempimento dell'ordine del giudice da parte della commissione - accoglimento dell'istanza di sospensione - ordine di nuovo e motivato esame delle prove.

(D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 55; Legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 3)

Deve procedere ad un nuovo e motivato esame delle prove scritte dell'esame per l'abilitazione alla professione di Avvocato, in precedenza annullate e riesaminate per ordine del giudice, la commissione esaminatrice che ha attribuito un giudizio negativo meramente numerico, mediante voti tutti uguali da parte dei singoli commissari, in assenza di segni grafici di correzione e di motivazione, dai quali sia possibile desumere l'effettivo adempimento da parte della medesima dell'ordine del giudice e dell'onere di adeguata motivazione e valutazione dell'esame dei compiti.

Consiglio di Stato, sez. IV, 7.12.2010, n. 5597 (ordinanza) - Pres. Trotta - Est. D'Alessio - Elena Lanzi (Avv. Granara e Tedeschini) c. Ministero della Giustizia, Commissione Esami Avvocato - Sessione 2009 - c/o Corte D'Appello di Genova, Commissione Esami Avvocato - Sessione 2009 - c/o Corte D'Appello di Cagliari (Avv. Stato).

AVVOCATO - esame per l'iscrizione all'Albo - prove scritte - annullamento delle prove per copiatura - sospensione dell'atto di annullamento - ordine di riesame della prova da parte della commissione esaminatrice - giudizio negativo meramente numerico - difetto di motivazione - ritenuta impossibilità di verificare l'effettivo adempimento dell'ordine del giudice da parte della commissione - sospensione del giudizio negativo - ordine di nuovo e motivato esame delle prove - appello cautelare - ritenuta correttezza dell'ordine di riesame delle prove - conferma ordinanza impugnata - esigenza di autonomia del giudizio di riesame delle prove - necessità del riesame delle prove da parte di diversa commissione - riforma dell'ordinanza impugnata - rigetto appello cautelare.

(R.D. 22 gennaio 1934, n. 37, art. 23; D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, artt. 55 e 62)

Devono essere nuovamente esaminate da una diversa commissione per salvaguardare una maggiore autonomia del giudizio di riesame le prove scritte dell'esame per l'abilitazione alla professione di Avvocato, in precedenza annullate per ritenuto plagio e già riesaminate per ordine del T.A.R. dalla commissione esaminatrice che ha disposto l'annullamento e che ha attribuito un giudizio negativo meramente numerico, da cui non sia possibile desumere l'effettivo adempimento da parte della medesima dell'ordine del giudice e dell'onere di adeguata motivazione e valutazione dell'esame dei compiti.

Consiglio di Stato, sez. IV, 6 novembre 2010, n. 5058 (ordinanza) - Pres. Giaccardi - Est. Potenza - Vittorio Belgiovine (Avv. Lo Grieco) c. Ministero della Giustizia, Commissione Esami Avvocato - Sessione 2009 - c/o Corte D'Appello di Bari, Commissione Esami Avvocato - Sessione 2009 - c/o Corte D'Appello di Torino (Avv. Stato).

AVVOCATO - esame per l'iscrizione all'Albo - prove scritte - annullamento delle prove per copiatura di ampi stralci della motivazione di una sentenza riportata in codici ammessi alla consultazione nel corso della prova scritta - annullamento degli elaborati - ricorso della candidato e istanza incidentale di sospensione - accoglimento dell'istanza di sospensione e ammissione con riserva alle prove orali - appello cautelare - inidoneità della copiatura a determinare l'annullamento delle prove - idoneità della copiatura a determinare l'insufficienza nel merito delle prove per difetto di originalità - attribuzione di valutazione sufficiente da parte della commissione - conferma ordinanza impugnata - rigetto appello cautelare.

(R.D. 22 gennaio 1934, n. 37, art. 23; D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 62)

PROCESSO amministrativo - giudizio cautelare - obbligo di fissazione dell'udienza di merito nell'ordinanza di concessione di misura cautelare in primo grado - mancata fissazione da parte del T.A.R. - conferma della misura cautelare da parte del Consiglio di Stato - trasmissione al T.A.R. per la fissazione dell'udienza di

merito.

(D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 55, comma 11)

La copiatura di ampi stralci di una sentenza riportata in uno dei codici ammessi alla consultazione nel corso della prova scritta dell'esame per l'abilitazione alla professione di Avvocato non è idonea a giustificare l'annullamento della prova e la conseguente esclusione del candidato dal concorso, rivelandosi tutt'al più idonea a determinare l'insufficienza nel merito delle prove per difetto di originalità, possibilità che deve in ogni caso essere esclusa laddove la commissione esaminatrice abbia valutato positivamente nel merito le prove del candidato, prima di procedere all'annullamento.

Deve essere trasmessa al Tribunale Amministrativo Regionale, per la fissazione della data di discussione del ricorso nel merito, l'ordinanza del Consiglio di Stato che conferma la misura cautelare concessa dal Tribunale medesimo, laddove detta fissazione manchi nell'ordinanza sospensiva di primo grado, ai sensi dell'art. 55, comma 11, C.P.A..

T. A. R. Liguria, sez. II, 27 ottobre 2010, n. 10019 - Pres. Bianchi - Est. Ponte - E. B. (Avv. Giugurta) c. Comune di Cengio (Avv. Aglietto).

COMUNI - consiglieri comunali - decadenza - assenza per tre volte consecutive - cause di giustificazione - fondatezza - esclusiva valutazione del Consiglio.

(Art. 7, l. 7 agosto del 1990, n. 241; art. 12, secondo comma, Statuto del Comune di Cengio)

COMUNI - consiglieri comunali - decadenza - deliberazione consiliare a scrutinio segreto - legittimità - fondatezza del ricorso.

(Art. 9, secondo comma, Statuto del Comune di Cengio)

Nel procedimento per la declaratoria di decadenza dei consiglieri comunali che non intervengono alle sessioni consiliari per tre volte consecutive senza giustificato motivo, instaurato con l'iniziativa del sindaco, attraverso comunicazione scritta ai sensi dell'art. 7 della l. 241 del 1990, spetta al Consiglio la valutazione della fondatezza, della rilevanza e della serietà delle cause di giustificazione adottate ex post dal consigliere.

Nella deliberazione consiliare sulla decadenza dei consiglieri comunali è legittimo procedere con votazione a scrutinio segreto, trattandosi di una deliberazione relativa a persone in cui deve essere svolto un apprezzamento discrezionale, in attuazione di quanto previsto dall'art. 9, secondo comma, dello Statuto del Comune di Cengio.

G.CU.

TAR Liguria, sez. I, 1 dicembre 2010, n. 10722 - Pres. Balba - Est. Morbelli - M. M. (Avv. Pellerano e Quaglia) c. Comune di Dolceaqua (Avv. Sciandra).

EDILIZIA e urbanistica - erronea rappresentazione della realtà - annullamento permesso di costruire - legittimità.

L'erronea rappresentazione della realtà costituisce di per sé una giustificazione sufficiente a sorreggere l'annullamento in autotu-

tela del permesso di costruire rilasciato (nella specie, l'errata rappresentazione della realtà è risultata finalizzata ad evitare che l'amministrazione potesse rendersi conto della realizzazione di un abuso edilizio consistente nella sopraelevazione della falda oltre l'altezza assentita con i precedenti titoli ed oltre l'altezza ammessa dal piano regolatore in quella zona).

J.V.

TAR Liguria, sez. I, 3 dicembre 2010, n. 10730 - Pres. Balba - Est. Morbelli - Centrogas Energia s.p.a. (Avv. ti Anselmi e Sommovigo) c. Regione Liguria (Avv. Sommariva).

EDILIZIA e urbanistica - effetto demolitorio sentenza di annullamento - riesame istanza concessoria - situazione di fatto e di diritto vigente al momento della notifica della sentenza di primo grado - rilevanza.

ATTO amministrativo - procedura di screening relativa a progetto impianto eolico - area vincolata - relazione paesaggistica o documento simile - necessità.

(Deliberazione Giunta Regionale 23.5.2008, n. 551; art. 4 Deliberazione Giunta Regionale 12.7.2002, n. 652)

In ipotesi di ius superveniens in materia urbanistica l'effetto demolitorio (perciò naturalmente retroattivo) della sentenza di annullamento (posto anche a tutela del principio secondo cui la durata del processo non può andare a danno dell'attore che ha ragione) deve coordinarsi ed equilibrarsi con i principi di continuità e necessità dell'azione amministrativa, scaturendo da detto temperamento la regola secondo cui l'obbligo per l'amministrazione di riesaminare l'istanza concessoria denegata con il provvedimento annullato va riferito alla situazione di fatto e di diritto vigente al momento in cui viene notificata la sentenza di 1° grado, restando opponibili al privato eventuali atti adottati in pendenza del ricorso giurisdizionale.

L'art. 4 delle norme tecniche per la procedura di screening prevede tra i contenuti della richiesta di attivazione della procedura di screening anche la coerenza con gli strumenti di programmazione e pianificazione vigenti. Ne consegue, nel caso in cui l'opera debba essere insediata in un'area vincolata, la necessità della relazione paesaggistica ovvero comunque di un documento di contenuti e approfondimenti similare.

J.V.

Corte Costituzionale, sent. 5 gennaio 2011, n. 7 - Pres. De Siervo, Red. Mazzella - Regione Liguria (Avv. Sivieri) - Pres. Cons. Ministri (Avv. Stato Salvatorelli).

PROCEDURE ad evidenze pubbliche - competenza legislativa statale esclusiva - legge regionale ligure - previsione della presentazione da parte di privati promotori di studi di fattibilità di opere non inserite nella programmazione triennale - incompetenza regionale - illegittimità costituzionale.

(Art. 117, comma 2, lett. e), Cost.; legge regionale Liguria 28 dicembre 2009, n. 63, art. 1, comma

REGIONE LIGURIA - rapporto di lavoro contrattualizzato - disciplina delle condizioni e dell'organizzazione

del lavoro, dell'orario e del trattamento economico - competenza legislativa statale esclusiva - c.d. riserva di contrattazione collettiva - legge regionale ligure - incompetenza regionale - illegittimità costituzionale.

(Art. 117, comma 2 lett. l), Cost.; C.C.N.L. del personale del comparto delle Regioni e delle autonomie locali del 1999 - legge regionale Liguria 28 dicembre 2009, n. 63, artt. 4, 7, 8 c. 10, legge Regione Liguria)

REGIONE LIGURIA - rapporto di lavoro contrattualizzato - legge regionale ligure - previsione di concorsi con posti riservati al personale interno - riclassificazione dei dipendenti in graduatoria mediante l'utilizzo dei risultati di precedenti concorsi - principio costituzionale dell'accesso agli uffici pubblici mediante concorso - violazione - illegittimità costituzionale.

(Art. 97 Cost.; legge regionale Liguria 28 dicembre 2009, n. 63, artt. 5 e 6)

REGIONE LIGURIA - rapporto di lavoro contrattualizzato - legge regionale ligure - impugnazione in base a parametri non indicati nella deliberazione di autorizzazione alla proposizione del ricorso del Consiglio dei Ministri - inammissibilità.

(Art. 117, c. 2, lett. l) e m), Cost.; legge regionale Liguria 28 dicembre 2009, n. 63, legge 11 marzo 1953, n. 87, art. 31, comma 3)

REGIONE LIGURIA - rapporto di lavoro contrattualizzato - competenza legislativa regionale residuale - disciplina regionale dei criteri selettivi - violazione del principio del buon andamento e dell'efficienza della pubblica amministrazione - insussistenza - infondatezza della questione.

(Art. 97, 117, comma 2, lett. l), e 117, comma 4, Cost.; d. lgs. 165 del 2001; legge regionale Liguria del 28 dicembre 2009, n. 63, art. 28,).

È fondata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., dell'art. 1 comma 6, della legge regionale ligure n. 63 del 2009, in quanto, disciplinando la possibilità, nell'ambito delle procedure di affidamento, per i soggetti privati, di presentare "studi di prefattibilità" di opere e lavori, la cui corrispondenza ai bisogni dell'amministrazione e la cui finanziabilità con capitale privato non sia stata ancora valutata nell'ambito della programmazione regionale triennale, interviene su una fase prodromica e, tuttavia, integrante della fase dell'evidenza pubblica, la cui disciplina è riservata alla competenza esclusiva statale, ex art. 117, comma 2, lett. e), Cost.

È fondata, in riferimento all'art. 117, comma 2, lett. l), Cost., la questione di legittimità costituzionale, degli artt. 4, 7 e 8 c. 10 della legge regionale ligure n. 63 del 2009, in quanto, intervenendo su aspetti quali le condizioni e l'organizzazione del lavoro, la definizione dell'orario e del trattamento economico dello stesso con riguardo al rapporto di lavoro contrattualizzato del personale con la Regione, ledono la competenza legislativa statale in materia di ordinamento civile e la cd. "riserva di contrattazione collettiva", cui è attribuita la regolamentazione di tali aspetti del rapporto d'impiego.

È fondata, in riferimento all'art. 97 Cost., la questione di legittimità costituzionale degli artt. 5 e 6 della legge regionale ligure n. 63 del 2009, in quanto, prevedendo procedure selettive in cui vi sia una riserva integrale di posti messi a concorso in favore del per-

sonale interno all'amministrazione e regolamentando una modalità di progressione verticale a fronte della quale, ai fini della progressione in carriera, vengano utilizzati i risultati di concorsi precedenti nei tre anni successivi all'espletamento degli stessi, si pongono in contrasto con il principio costituzionale di accesso ai pubblici uffici mediante concorso.

È inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 della legge regionale ligure n. 63 del 2009, sollevata con riferimento all'art. 117, comma 2, lett. l) e m), Cost., in quanto nella deliberazione di autorizzazione alla proposizione del ricorso del Consiglio dei Ministri non è fatto cenno dei relativi parametri.

Sono infondate, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lett. l), e all'art. 97 Cost., le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 28 della regionale ligure n. 63 del 2009, in quanto la facoltà attribuita alla Regione di stipulare contratti a tempo determinato attiene all'organizzazione degli uffici regionali, rientrando nella competenza legislativa residuale regionale e, pur derogando ai criteri selettivi di cui al D. lgs. n. 165 del 2001, assicura il rispetto del principio del buon andamento e dell'efficienza della pubblica amministrazione.

C.C.

Cassazione Civile, sez. I, 20 settembre 2010, n. 19893 - Pres. Salmè - Rel. Schirò - V. (Avv. Pesce) c. Ministro dell'Interno.

STRANIERO - familiare di cittadino italiano - permesso di soggiorno nel territorio nazionale - intervenuta separazione - diritto al rinnovo in presenza dei presupposti.

(Art. 12, secondo comma, lett. a, d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 30)

Il cittadino extracomunitario, nonostante la cessazione del vincolo matrimoniale con il cittadino italiano per intervenuta separazione, ha comunque diritto al rinnovo del permesso di soggiorno se il matrimonio è durato più di 3 anni, di cui almeno uno trascorso sul territorio nazionale (si applica infatti anche a tale fattispecie il disposto dell'art. 12, secondo comma, lett. a del d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 30)

G.CU.

T.A.R. Liguria, sez. II, 13 ottobre 2010, n. 9203 - Pres. Di Sciascio - Est. Ponte - O. E. (Avv. Boni) c. Ministero dell'Interno (Avvocatura dello Stato).

STRANIERO - minore - progresso affidamento o tutela - nozione di affidamento - interpretazione estensiva - condizione del minore straniero non accompagnato - normativa applicabile - non coincidenza.

(Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea del 26 giugno 1997; art. 31, primo comma, art. 32, comma 1, 1 bis, 1 ter, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286;)

STRANIERO - minore - progresso affidamento o tutela - compimento della maggiore età - rinnovo del permesso di soggiorno - diritto - requisiti - inapplicabilità della fattispecie del minore straniero non accompagnato - sussistenza - accoglimento del ricorso.

(Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea del 26 giugno 1997; art. 31, primo comma, art. 32, comma 1, 1 bis, 1 ter, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286;)

Nel caso del minore straniero, in relazione al diritto al rinnovo del permesso di soggiorno al compimento della maggiore età, la fattispecie del minore affidato o sottoposto a tutela, intesa in una accezione ampia (tale da ricomprendere sia l'ipotesi dell'affidamento giudiziale che quello amministrativo e quello di fatto, secondo quanto statuito da Consiglio di Stato, sez. VI, 24 aprile 2009 e 31 marzo 2009, n. 1886), deve essere considerata distintamente da quella del minore straniero non accompagnato, applicandosi questa seconda ipotesi solo nel caso di "cittadini di paesi terzi di età inferiore ai 18 anni che giungono nel territorio degli Stati membri non accompagnati da un adulto per essi responsabile in base alla legge o alla consuetudine" in particolare "fino a quando non ne assuma effettivamente la custodia un adulto per essi responsabile".

Nel caso del cittadino straniero minore precedentemente affidato o sottoposto a tutela è illegittimo il diniego del rinnovo del permesso di soggiorno al raggiungimento della maggiore età motivato dall'insussistenza delle condizioni di cui agli art. 1 bis e 1 ter del TU immigrazione, applicandosi, invece, a tale ipotesi il disposto dell'art. 32, primo comma, dello stesso TU, che prevede la possibilità di ottenere il permesso di soggiorno per motivi di studio, di accesso al lavoro, di lavoro subordinato o autonomo, per esigenze sanitarie o di cura. Non è quindi necessaria in tale ipotesi l'ammissione per un determinato periodo ad un progetto di integrazione sociale e civile e la sussistenza di requisiti relativi alla durata del progetto, alla permanenza nel territorio italiano, all'alloggio e all'attività lavorativa o di studio.

G.CU.

Corte Costituzionale, 22 ottobre 2010, n. 302 - Pres. Amirante - Rel. Silvestri - Living Garden s.r.l. (Avv.ti Acquarone) c. Pres. Cons. Ministri (Avvocatura dello Stato).

TUTELA affidamento - intervento legislativo incidente su rapporti economici in corso - assenza di imprevedibilità e congruità rispetto allo scopo - razionalità dell'intervento.

(Costituzione, artt. 3 e 97; Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 29 aprile 2004, in cause C-487/01 e C-7/02; art. 1, comma 251, l. 27 dicembre 2006, n. 296).

DEMANIO marittimo - concessioni - aumento dei canoni demaniali concessori - scelta legislativa non irrazionale - assenza del carattere discriminatorio - violazione degli artt. 3 e 97 Cost. - insussistenza.

(Costituzione, artt. 3 e 97; art. 1, comma 251, l. 27 dicembre 2006, n. 296).

DEMANIO MARITTIMO - concessioni - canoni demaniali marittimi - natura tributaria - esclusione - natura di corrispettivi dell'uso di un bene di proprietà dello Stato - violazione dell'art. 53 Cost. - insussistenza.

(Costituzione, art. 53; art. 1, comma 251, l. 27 dicembre 2006, n. 296).

Non può ritenersi irrazionale e, quindi, lesivo dell'affidamento dei cittadini nella sicurezza dei rapporti giuridici, un intervento del legislatore teso a modificare rapporti economici in corso allorché esso non sia stato né improvviso e imprevedibile, né ingiustificato rispetto allo scopo perseguito. (1)

Non incorre in siffatte censure l'aumento dei canoni demaniali concessori, disposto dalla previsione legislativa censurata, tale da indurre questa Corte a sindacare una scelta di indirizzo politico-economico, che sfugge, in via generale, ad una valutazione di legittimità costituzionale; né esso presenta carattere discriminatorio tra utilizzatori di pertinenze demaniali marittime e soggetti locatari di aree di proprietà privata in quanto, al contrario, riduce l'ingiustificata posizione di vantaggio di chi possa, nel medesimo contesto territoriale, usufruire di concessioni demaniali rispetto a chi, invece, sia costretto a rivolgersi al mercato immobiliare. (2)

Non avendo i canoni demaniali marittimi natura tributaria ma costituendo corrispettivi dell'uso di un bene di proprietà dello Stato, quale prezzo pubblico calcolato in base a criteri stabiliti dalla legge, non sussiste la violazione dell'art. 53 Cost. (3)

(1-3) La sentenza interviene a dirimere la questione di legittimità costituzionale in via incidentale sollevata dal Tribunale di Sanremo, con ordinanza del 5 gennaio 2009, iscritta al numero 229 del registro ordinanze 2009 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 38, prima serie speciale, dell'anno 2009.

A.FUS.

Documenti

Le limitazioni alla tutela delle posizioni dei privati nei confronti della p.a. derivanti dalle riforme degli ultimi anni.

Giovanni Cofrancesco

???????????

Sommario: 1. *Il regime dell'annullabilità dell'atto amministrativo e i limiti alla sua impugnazione (art.21 octies L.241/1990, inserito dalla L.15/2005)* - 2. *Il regime della nullità dell'atto amministrativo e l'azione di accertamento (art.31 c.4 cod proc. amm. - D.Lg.104/2010)* - 3. *La pregiudiziale amministrativa e il risarcimento dei danni da lesione di interessi legittimi. (art.30 cod.proc.amm. - D.Lg.104/2010).*

1. Il regime dell'annullabilità dell'atto amministrativo e i limiti alla sua impugnazione (art.21 octies L.241/1990, inserito dalla L.15/2005).

Com'è noto, i tre vizi che determinano l'annullabilità dell'atto amministrativo sono relativi alla violazione delle norme "specifiche" sulla competenza (incompetenza relativa), al mancato rispetto della disciplina procedimentale posta a monte dell'atto o di quella relativa alle caratteristiche formali dello stesso (violazione di legge) e alla ragionevolezza della scelta contenuta nell'atto (eccesso di potere). La limitazione alla possibilità di far valere l'annullabilità dell'atto si riferisce essenzialmente al secondo di tali vizi, ma con importanti conseguenze anche sul terzo. L'art.1 octies prevede infatti due fattispecie, che hanno in comune l'effetto di impedire la pronuncia di annullabilità dell'atto qualora lo stesso, anche in assenza dei vizi, non avrebbe potuto avere un contenuto diverso, il che come pare a chi scrive comporta una decisa diminuzione della tutela del privato interessato, facendo in parte venire meno quella funzione di tutela della legalità dell'azione amministrativa, che in assenza di una protezione incentrata su posizioni difendibili in sé e per sé (come sarebbe nel caso che ai privati fossero riconosciuti dei diritti soggettivi e non degli interessi legittimi), rappresenta il principale mezzo per contrastare una azione amministrativa altrimenti per molti aspetti (ad es. quelli di merito) totalmente insindacabile. La prevalenza del contenuto sulla forma, apprezzabile in altri contesti, indebolisce infatti in maniera decisamente elevata la tutela in un ambito giuridico nel quale la protezione ha carattere essenzialmente formale: se prima l'insindacabilità del contenuto (il merito), salva la sua non palese illogicità (eccesso di potere) era compensata da una tutela completa riguardo ai vizi formali e procedurali, ora anche la tutela della regolarità formale si allinea (per così dire "in basso") a quella del contenuto. Infatti, il mancato rispetto delle procedure e delle forme diventa tendenzialmente insindacabile salva la palese influenza dello stesso sul contenuto dell'atto. Questa ricostruzione è solo in parte attenuata dal fatto che la prima delle due fattispecie previste si riferisce solo ai casi di provvedimenti vincolati, soprattutto se si tiene conto che i casi discrezionalità "tecnica" tendono ad essere ricompresi tra i provvedimenti vincolati. Inoltre è necessario

che risulti "palese", ma ciò può essere accertato d'ufficio, non essendo previsto, a differenza della seconda fattispecie uno specifico onere della prova a carico dell'Amministrazione, che il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso. La seconda ipotesi dell'art.21 octies invece è applicabile anche ai provvedimenti discrezionali e, paradossalmente si riferisce ad un solo vizio di forma, ma che rappresenta il più grave di essi, la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, che ovviamente determina di solito mancata partecipazione degli interessati. In tal caso è peraltro addossato all'Amministrazione l'onere di dimostrare che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso, il che determina in sostanza una specie di ulteriore giudizio sull'uso della discrezionalità da parte della stessa, giudizio che, poiché il merito del provvedimento resta pur sempre insindacabile e poiché il giudice amministrativo non può comunque ingerirsi nelle scelte amministrative, finisce per essere un ulteriore giudizio sulla ragionevolezza della decisione, tenendo conto delle posizioni che l'interessato avrebbe potuto far valere nel procedimento se fosse stato avvisato. Insomma un giudizio per molti aspetti analogo a quello di eccesso di potere sia pure "tipizzato" in relazione alla mancata partecipazione dell'interessato, la quale in precedenza comportava di per sé l'annullabilità per violazione di legge. Né sposta di molto la questione la tesi che si è affermata in giurisprudenza (CDS, VI, 2763/2006 e CDS, VI, 4614/2007) della natura meramente "processuale" dell'art.21 octies, secondo cui il provvedimento in entrambe le fattispecie descritte rimane invalido, ma solo verrebbe meno l'interesse ad impugnare dell'interessato: la tutela delle posizioni dei privati interessati risulta in effetti essere fortemente diminuita.

2. Il regime della nullità dell'atto amministrativo e l'azione di accertamento (art.31 c.4 cod proc. amm. - D.Lg.104/2010).

Anche nella disciplina dell'azione di accertamento diretta far valere la nullità di un atto davanti al giudice amministrativo si può ritrovare una diminuzione della tutela delle posizioni degli interessati, cioè di coloro che subiscono conseguenze sfavorevoli dall'atto nullo. Ciò paradossalmente deriva proprio dal fatto di avere previsto una specifica azione di accertamento diretta far valere la nullità dell'atto, la quale nel porre confini precisi, soprattutto di ordine temporale all'azione stessa precisa, ma in senso restrittivo per il privato la precedente situazione di incertezza, che in assenza di una disciplina specifica, era lasciata all'azione spesso indeterminata e mutevole della giurisprudenza. Infatti il prevedere una nuova azione diretta a far valere le nullità degli atti amministrativi non amplia ma restringe la tutela degli interessati. Vediamo come. La nullità è, com'è noto, un istituto generale del diritto che nel diritto amministrativo però assume alcune caratteristiche particolari, nel senso che l'atto nullo, cioè l'atto privo dei requisiti essenziali, quello viziato da difetto assoluto di attribuzione, quello emanato in violazione o elusione di un giudicato e quello previsto come tale dalla legge (art.21 septies L.241/1990, inserito dalla L.15/2005), di fatto produce comunque effetti all'interno della sfera del-

l'Amministrazione (ad esempio l'organo inferiore non tenuto a sindacare l'atto nullo lo deve comunque eseguire), salvo il potere di autotutela, a differenza dell'atto "inesistente", che è da ritenersi assolutamente privo di ogni effetto (significativamente la categoria dell'inesistenza è sconosciuta al diritto civile). Ne deriva che spesso il privato viene di fatto danneggiato da un atto nullo, che essendo ritenuto esecutivo dall'organo tenuto ad applicarlo, viene eseguito dall'Amministrazione, di modo che al suo destinatario non resta che fare dichiarare la nullità dell'atto e chiedere la restituzione in pristino. In questi casi è ovviamente l'esecuzione dell'atto nullo, di per sé illecita che, in senso stretto, determina il danno, ma il ruolo dell'atto rimane essenziale, di modo che la fondamentale differenza nella tutela tra atto nullo ed atto annullabile consiste (o consisteva) soprattutto in due aspetti: nella competenza del giudice civile per l'atto nullo che tocchi diritti soggettivi (o diritti soggetti ad affievolimento) e nell'assenza di un termine di decadenza per l'impugnazione dell'atto nullo medesimo. L'evoluzione legislativa va nel senso di ridurre entrambi questi due tipi di tutela. Per quanto riguarda la competenza del giudice civile, pensiamo all'istituto dell'occupazione acquisitiva previsto dall'art.43 DPR 327/2001, dichiarato recentemente contrario alla Costituzione (con sentenza n.293/2010 della Corte costituzionale), ma solo per eccesso di delega, che consentiva l'acquisizione della proprietà anche in presenza di un titolo espropriativo nullo, grazie ad un atto successivo abilitato a sanare la situazione. La "resurrezione" di questo istituto è tutt'altro che da escludersi, sia per future decisioni del Legislatore, sia in base ad orientamenti giurisprudenziali comunque tendenti a consentire all'Amministrazione di acquisire il bene anche in assenza di un valido atto di esproprio: si veda ad esempio TAR Lecce, 2683/2010 che giustifica in tale caso l'acquisizione del diritto di proprietà in base all'istituto civilistico della specificazione di cui all'art. 940 cod.civ. Se già la tutela dei diritti soggettivi preesistenti, tendente ad affermare la nullità dell'atto e quindi il mancato affievolimento dei diritti medesimi incontra come detto molte difficoltà, in particolare, ma non solo, quando essa è oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, una decisa diminuzione della protezione giuridica riconosciuta al privato caratterizza però, dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, la tutela degli interessi legittimi cosiddetti "pretensivi", legati a diritti in attesa di espansione, in relazione ai quali l'atto non affievolisce un diritto preesistente, ma dà concretezza ad un diritto in precedenza costituito da una mera aspettativa. Riguardo a queste situazioni, di competenza del giudice amministrativo, la previsione di un termine di decadenza per la proposizione dell'azione di 120 giorni (salvo per gli atti emanati in violazione o elusione del giudicato), in luogo del precedente termine di prescrizione di dieci anni stabilito dalla giurisprudenza, costituisce una grave limitazione della tutela, a fronte ad un atto che come detto, pur essendo nullo produce effetti concreti spesso rilevanti di segno negativo per gli interessati (ad es. viene negato il permesso di costruire, viene negata la concessione di un bene pubblico, viene disposta l'esclusione da una gara d'appalto o da un concorso pubblico ecc.). L'aver previsto un termine di decadenza per la relativa azione finisce per caratterizzare sempre più in senso particolare la nullità in diritto amministrativo e per avvicinarla per molti aspetti alla annullabilità, soprattutto per quanto riguarda la tutela degli interessi "pretensivi". Ciò se si tiene conto del fatto che, da un lato l'atto nullo finisce comunque in concreto, e dall'al-

tro la sua impugnazione è soggetta ad un termine di decadenza (il che civilisticamente sarebbe un assurdo). Né tale situazione è modificata dal fatto che la nullità può essere rilevata d'ufficio, in quanto il giudice è tenuto, prima di scendere al merito (e rilevare la nullità) a dichiarare la inammissibilità del ricorso per decadenza dal termine perentorio, di modo che l'ipotesi del rilievo d'ufficio finirà probabilmente per riguardare giudizi in cui l'atto non è oggetto di ricorso ma viene in rilievo in via "incidentale", così come accadrà anche nei casi in cui l'eccezione di nullità venga eccepita, senza limiti di decadenza, dall'Amministrazione resistente o dai controinteressati. Parimenti restrittivo è il divieto di proporre l'azione di accertamento nel caso di "poteri non ancora esercitati" (art.34 c.2 cod.proc.amm.), che priva di tutela il caso in cui l'interessato contesti l'effettuazione di un attività da parte di un altro privato (ad es. il vicino in caso di opere edilizie) basata su una DIA (ora SCIA) non (ancora) oggetto del potere di verifica dell'Amministrazione (comunale).

3. La pregiudiziale amministrativa e il risarcimento dei danni da lesione di interessi legittimi. (art.30 cod.proc.amm. - D.Lg.104/2010).

Un'altra apparente estensione della tutela che porta invece ad un suo effettivo restringimento, sostituendo ad una situazione incerta, ma "aperta" ad una possibile evoluzione in senso garantista, una disciplina normativa ben determinata, ma che fissa in ambiti molto angusti le situazione dei privati oggetto di tutela, sia ha per quanto riguarda la ormai decennale questione della risarcibilità in via autonoma degli interessi legittimi, cioè della possibilità per gli interessati di proporre l'azione di risarcimento dei suddetti interessi a prescindere dalla proposizione dell'azione di annullamento nei confronti dell'atto lesivo, con superamento della cosiddetta "pregiudiziale amministrativa". Com'è noto, la vicenda ha avuto varie tappe e si è snodata lungo un perdurante contrasto tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato. Un primo punto fermo, anch'esso in parte restrittivo rispetto alla tutela prospettata in base alle originarie impostazioni della Cassazione (a partire dalla sentenza n.500/1999), fu quello di assegnare la competenza per le azioni risarcitorie relative alla violazione da parte dell'Amministrazione di interessi legittimi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (già art.7 L.1034/19071, inserito dalla L.205/2000 ed ora art.7 cod.proc.amm.). Peraltro, anche in seguito a tale previsione legislativa, rimase un importante contrasto tra i due organi giurisdizionali sulla possibilità di proporre come detto tale azione in via autonoma e soprattutto a prescindere dal rispetto dei termini di decadenza previsti per l'impugnazione dell'atto lesivo, con la Cassazione che affermava (ex art.111 Cost.) l'obbligo per il giudice amministrativo di pronunciarsi su tale domanda ed il Consiglio di Stato che, pur non negando di avere il potere - dovere di giudicare, dichiarava inammissibile un'azione risarcitoria autonoma, in assenza di una pregiudiziale impugnazione dell'atto affermato come lesivo dal ricorrente(v. da ultimo CDS, AP, 12/2007 e CASS, SU, 30254/2008). L'art.34 sembrerebbe dare ragione alla Cassazione, in quanto ammette la proposizione dell'azione di risarcimento del danno da lesione da interesse legittimo anche a prescindere dalla proposizione dell'azione di annullamento rivolta contro l'atto lesivo e nonostante il decorso del termine di decadenza previsto per quest'ultima, ma la ammette in termini tanto angusti che possiamo dire che il principio della pregiudiziale amministrativa non solo rientra dalla finestra

dopo essere cacciato dalla porta, ma si rivela essere sempre più uno degli istituti cardine che (piaccia o no) regolano il nostro diritto amministrativo. Fondamentale a questo proposito non è tanto e solo il fatto che l'azione autonoma di risarcimento da lesione di interessi legittimi è assoggettata a sua volta (dall'art.30) ad un termine di decadenza, sia pure doppio di quello previsto per impugnare l'atto (120 gg contro 60), ma soprattutto la previsione che il risarcimento è escluso riguardo ai danni che "si sarebbero potuti evitare ... anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti". Tra i questi ultimi ovviamente rientra in primo luogo la proposizione tempestiva dell'azione di annullamento, di modo che la pregiudiziale amministrativa da presupposto dell'azione di risarcimento, la cui mancanza determinava, in base all'orientamento del Consiglio di Stato l'inammissibilità dell'azione stessa, si trasforma in una sorta di tacito onere della prova addossato al ricorrente e avente per oggetto la dimostrazione che la non tempestiva impugnazione non è stata a sua volta concausa del danno derivato al ricorrente. Se si tiene conto che in concreto la quantificazione del

danno è quasi sempre determinata nel suo ammontare anche dal fatto che il ricorrente abbia o non abbia impugnato l'atto e soprattutto dal fatto che abbia o non abbia proposto l'istanza di sospensiva, si può comprendere come la tutela prevista per un'azione autonoma di risarcimento indipendente dall'impugnazione dell'atto rischia di ridursi a ben poca cosa, soprattutto se a ciò si aggiunge che la giurisprudenza amministrativa adotta posizioni molto restrittive sia nel richiedere il requisito della colpa dell'Amministrazione per ottenere il risarcimento del danno (a prescindere dal fatto che la relativa azione sia proposta in via autonoma, o che essa si accompagni all'azione tempestiva di annullamento: v.ad es. CDS, V, 32/2005 e CDS, V, 5098/2008), sia nel prevedere, anche quando la risarcibilità degli interessi legittimi potrebbe affermarsi in forza della sola illegittimità dell'atto (come sembrerebbe ad esempio in tema di procedure di gara ad evidenza pubblica, in seguito alla pronuncia della Corte di Giustizia Europea C-314/2009 del 30/9/2010), criteri rigorosi di determinazione del quanto risarcibile (ad es. TAR Brescia, 4552/2010).

Sezione di diritto tributario

Documenti

Brevi considerazioni sui comportamenti dei tre protagonisti del rapporto tributario

Antonio Lovisolo

*Professore, Università di Genova
Avvocato, Foro di Genova*

Sommario: 1. Il contribuente e il suo consulente - 2. L'Agenzia fiscale - 3. Il giudice tributario.

1. Il contribuente e il suo consulente

È ormai frequente per il contribuente e il suo consulente, ritrovarsi "sul tavolo" il problema dell'"abuso del diritto", inteso come metodo ricostruttivo e riqualificativo tra i più penetranti e incisivi dell'ultimo trentennio: più ancora dell'elusione fiscale e degli accertamenti bancari, i quali, quantomeno, sono disciplinati dalla legge, che ne prevede le condizioni di operatività e, (per gli accertamenti bancari), il contenuto della prova contraria.

Il contribuente (e il suo consulente), posti di fronte a questo problema devono, a mio avviso, farsi un esame di coscienza, domandandosi perché la giurisprudenza, (dapprima quella comunitaria) sia pervenuta alla creazione di uno strumento tanto incisivo.

A ben vedere, si tratta della legittima reazione dell'ordinamento al comportamento del contribuente pronto a "piegare" a suo vantaggio più la forma che la sostanza della legge. D'altronde, come si sarebbe potuto pensare, che l'ordinamento impositivo non predisponesse, al suo interno, adeguate risposte a certe operazioni suggerite spesso da consulenti un po' spregiudicati?

La casistica giurisprudenziale che ne è ricca. Di fronte ad operazioni, quali, ad esempio, un conferimento d'immobili, seguito dall'immediata cessione delle partecipazioni della conferitaria ai soci della stessa, vi è da domandarsi come il notaio rogante, che sia dotato di una minima sensibilità giuridica, non pensi ad avvertire il cliente del rischio fiscale che sta correndo.

Analogamente si pensi ad un'operazione di *dividend washing*, ossia alla cessione di azioni "gravide" di dividendi con immediato riacquisto delle stesse, dopo lo stacco della cedola: quale consulente ha potuto suggerire tale operazione senza avvertire il rischio di una sua contestazione?

È opportuno quindi formulare un invito ad "abbassare i toni":

al contribuente (e al suo consulente), adottando comportamenti più consoni al principio di capacità contributiva e all'osservanza del principio di buona fede cui sono improntati i rapporti con la pubblica amministrazione (art. 10 Statuto); al legislatore, attraverso la regolamentazione normativa di tale strumento riqualificativo, vietandone l'utilizzabilità d'ufficio al di fuori dell'atto di accertamento ed indicando i parametri di sua operatività come già è avvenuto per l'elusione fiscale (art. 37 bis).

Alla giurisprudenza (ed in tal senso si sta muovendo sia la Corte di Giustizia, sia la Suprema Corte nelle ultime sentenze edite), limitandone l'ambito applicativo, evidenziando

la legittimità del comportamento del contribuente diretto a percorrere la via fiscalmente "meno onerosa", rispetto a quello di chi sta abusando della forma giuridica.

È facile prevedere che in proposito avremo a breve sviluppi normativi e giurisprudenziali significativi.

2. Le Agenzie fiscali

Credo di condividere il pensiero di molti nell'affermare che, seppure la politica degli "obbiettivi di gettito" abbia dato i suoi frutti sul piano della lotta dell'evasione fiscale, essa rischi di incrinare i rapporti Fisco/contribuente, mettendo in discussione "l'imparzialità" della pubblica amministrazione (art. 97 Cost).

Ed invero, l'Agenzia non è la "controparte" del contribuente, bensì è un soggetto che esercita una funzione pubblica, nell'interesse dell'applicazione della legge.

Spiace rilevarlo, ma in realtà, spesso, le cose paiono diversamente.

Ad esempio, rientra nella comune esperienza professionale riscontrare un'estrema difficoltà dell'Ufficio a rivedere significativamente i propri atti d'imposizione aderendo all'istanza del contribuente.

Ma v'è da domandarsi perché l'Agenzia mantenga così alta l'asticella dell'adesione.

Credo che, (quantomeno per adesioni per importi medio-bassi, che poi sono la maggioranza), uno dei motivi sia da rinvenirsi nella quasi certezza che nella successiva fase contenziosa ben difficilmente, anche in caso di soccombenza, l'amministrazione sarà condannata al pagamento delle spese di giudizio.

Ciò comporta che il contribuente, allettato, da una parte dalla riduzione delle sanzioni e dall'altra dalla prospettiva di onerarsi di probabili tre gradi di giudizio, sempre a totali sue spese, finisca con l'addivenire ad una adesione, che in realtà si rivela poco conveniente, tenuto conto della effettiva fondatezza degli elementi difensivi adottabili a suo vantaggio.

In proposito si ricordi, che anche cronologicamente, l'introduzione degli strumenti deflativi del contenzioso è in diretta conseguenza dell'introduzione, nel contenzioso tributario, del principio della condanna alle spese che nella valutazione dell'economicità dell'azione amministrativa, può consigliare all'Ufficio di addivenire ad una definizione della controversia o al suo abbandono totale o parziale.

È evidente, quindi, che la sistematica assenza della condanna alle spese del giudizio finisca con il creare un disequilibrio tra la posizione dell'Amministrazione e quella del contribuente, considerato che solo quest'ultimo, nella valutazione della convenienza dell'adesione, deve tener conto dell'incidenza delle spese del giudizio.

In altre parole, "la variabile" condanna alle spese di giudizio condiziona negativamente solo l'adesione del contribuente non quella dell'Amministrazione che, anche in caso di soccombenza può contare sulla prassi della compensazione delle spese.

Eppure, oramai, la compensazione della spesa di giudizio si configura quale eccezione che deve essere esplicitamente motivata (art. 92 c.p.c.), tanto più in presenza dell'inutile esperimento della procedura di adesione (art. 91 c.p.c.).

Perché non applicare tali previsioni normative?

Altro profilo, che a mio avviso stride con la trasparenza dei rapporti tra amministrazione finanziaria e contribuente, è la circostanza che, in materia penale/tributaria, (almeno nell'esperienza genovese), il giudice attribuisca funzioni di polizia giudiziaria alle Agenzie fiscali in relazione al compimento di atti istruttori quale l'interrogatorio dell'imputato.

Trovo veramente fuori luogo la circostanza che tale interrogatorio avvenga da parte di funzionari delle Agenzie delle Entrate (e cioè da colleghi di chi ha redatto il p.v.c.) e per di più presso la sede della stessa direzione provinciale.

Ma l'Agenzia fiscale non è "parte lesa" del reato tributario? Come è possibile che i suoi funzionari possano essere investiti del compimento di atti istruttori riservati alla polizia giudiziaria?

Se poi qualcuno parla di "regime di polizia fiscale" non c'è da stupirsi!

A tale scopo meglio avvalersi, come nel passato, dei più che validi nuclei della polizia tributaria.

3. Il giudice tributario

Della sua responsabilità nella scarsa propensione alla condanna alle spese del giudizio si è già detto.

Al giudice tributario mi sembra si debba raccomandare:

una maggiore collegialità delle sue decisioni

una più approfondita conoscenza del fascicolo processuale:

L'udienza di trattazione talora appare più un'occasione in cui le parti informano il collegio delle proprie posizioni in ordine alla pretesa impositiva, piuttosto che un'occasione di confronto in relazione ai profili di una pretesa oramai ben conosciuta da tutti i partecipanti al processo (collegio compreso).

Condivido quindi l'opinione di chi invoca la riforma più che del "processo tributario", dei "metodi di reclutamento" del giudice tributario, forse illudendomi che un giudice professionale, adeguatamente remunerato, possa fornire maggiori garanzie.

Credo che il contenzioso tributario e la rilevanza anche quantitativa delle questioni in esso trattate, meritino importanti investimenti di risorse in tal senso.

Seminari e convegni

Sunto seminario Uckmar Sanremo

Sezione di diritto penale

Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 20 dicembre 2010, n. 1449 - Giudice Fucigna.

CIRCOLAZIONE stradale - guida in statero di ebbrezza - novella introdotta dalla L. 19/7/2010 n. 120 - introduzione della possibilità di sostituzione della pena con lavoro di pubblica utilità - fatti commessi prima della novella - valutazione norma più favorevole al reo - criterio della valutazione del complesso degli effetti - norma post-novella da ritenersi più favorevole - applicabilità.

(Art. 186 C.d.S.)

La legge 120 del 29.7.2010 ha modificato l'art. 186 del codice della strada, mantenendo invariati i massimi edittali, elevando i minimi edittali, ed introducendo il comma 9 bis che prevede che il lavoro di pubblica utilità possa sostituire la pena.

Alla luce di tale modifica, in relazione ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore di tale norma, deve chiedersi quale sia la norma più favorevole al reo. In tal senso, se è vero che in caso di successione di leggi penali si deve applicare integralmente quella che risulta più favorevole all'imputato, valutata nel suo complesso, non è men vero che tale principio va calato in ciascuna fattispecie concreta, in relazione all'interesse specifico dell'imputato.

Secondo questo giudicante alla luce del criterio indicato in precedenza che fa riferimento ad un giudizio complessivo circa la situazione di maggior o minor vantaggio che deriva al reo, pare del tutto evidente come la nuova normativa dell'art. 186 c.d.s. sia nettamente più favorevole all'imputato, in quanto, se pur insprita nei limiti edittali, concede ai sensi del nuovo comma 9 bis all'imputato di sostituire la pena con lavori di pubblica utilità ed in caso di svolgimento positivo, prevede l'estinzione del reato, la riduzione della meta della sospensione della patente e la revoca della confisca del mezzo.

R.A.C.

Sentenza nei confronti di N. imputato del reato di cui all'art. 186 c. 2 lettera c) e c. 2 sexies D.Lvo 30.04.1992 n. 285 perché guidava in stato di ebbrezza con un valore accertato di tasso alcolemico di gr. 1,68 per litro di sangue. Con l'aggravante dell'ora notturna. In Genova il 06.06.2010 ore 03.50.

(... Omissis...)

Motivazione

L'imputato deve rispondere del reato di cui in rubrica e nello specifico di avere guidato in stato di ebbrezza con un valore accertato di tasso alcolemico pari a gr. 1,68 di sangue, fatto verificatosi in Genova il 6.6.2010 alle ore 03,50 con l'aggravante quindi di aver commesso il fatto nell'ora notturna.

Nei confronti del N. è stato emesso decreto penale di condanna avverso il quale è stata presentata opposizione e richiesta di definizione del procedimento con il rito abbreviato.

Per quanto riguarda la responsabilità dell'imputato non vi sono dubbi di sorta in quanto la stessa emerge in modo

chiaro ed inequivocabile sulla base di tutti gli accertamenti istruttori.

In fatto si deve osservare che in data 6.6.2010, il N. era alla guida della sua autovettura Fiat tg ... quando gli veniva intimato di fermarsi da una pattuglia del Nucleo Radiomobile dei Carabinieri.

Il N. non si fermava ed a quel punto veniva inseguito dai Carabinieri che lo raggiungevano; a quel punto sorgeva una discussione con gli agenti di P.G. che lo traevano in arresto nella flagranza del reato di resistenza a P.U..

Nello stesso contesto il N. veniva sottoposto al test alcolemico che evidenziava un tasso alcolemico in entrambe le prove pari a 1,68 gr/l; a quel punto veniva sequestrato anche il veicolo e contestato all'imputato la violazione dell'art. 186 co. 2 D.L.vo 285/92.

Il sequestro veniva poi altresì convalidato dal G.I.P.

Il procedimento veniva separato e, per quanto riguarda l'imputazione di cui all'art. 337 c.p., veniva disposto il giudizio direttissimo nel corso del quale veniva applicata la procedura del patteggiamento che portava alla condanna del N. alla pena finale di mesi 2 e gg. 20 di reclusione, con la concessione delle attenuanti generiche, stante l'incensuratezza e l'integrazione lavorativa; la pena detentiva veniva convertita nella libertà controllata e veniva altresì disposta la sospensione condizionale.

Per quanto riguarda la violazione di cui all'art. 186 co. 2 C.d.S., l'imputato veniva denunciato a piede libero e, a seguito della richiesta del P.M., il G.I.P. emetteva decreto penale di condanna disponendo la confisca e la vendita del veicolo in sequestro.

Come già detto veniva presentata opposizione e richiesto il giudizio abbreviato; a seguito dell'entrata in vigore della nuova normativa sul codice della strada prevista dalla legge 120 del 29.7.2010, veniva altresì richiesto al G.I.P. di disporre la sospensione dell'ordine immediato di vendita del veicolo in quanto la nuova normativa prevedeva la possibilità per il giudice di sostituire la pena detentiva e pecuniaria con quella del lavoro di pubblica utilità di cui all'art. 54 del D.L.vo 28.8.2000 n. 274.

A quel punto il G.I.P. che aveva emesso il decreto penale sospendeva la vendita e trasmetteva a questo giudice il fascicolo per la celebrazione del giudizio abbreviato che veniva regolarmente ammesso.

Preliminarmente si deve esaminare la questione relativa a quale sia la norma applicabile al caso di specie e cioè se sia applicabile quella precedente relativa all'art. 186 c.d.s. o se sia applicabile la nuova normativa di cui alla legge 29.7.2010, essendo stato commesso il reato sotto la vigenza della precedente normativa.

Si deve rilevare che la nuova normativa ha inserito una serie di modifiche: in primo luogo è stata depenalizzata la prima delle soglie previste per lo stato di ebbrezza (art. 186 co. 2 lett. A) e cioè quella con tasso alcolemico superiore a 0,5 gr/l e non superiore a 0,8 gr/l. In questo caso è prevista l'applicazione di una sanzione amministrativa (da € 500 a € 2.000) in luogo della precedente sanzione penale (che prevedeva la sanzione dell'ammenda da € 500 a € 2000). Per quanto riguarda la seconda soglia di cui alla lett. B) del-

l'art. 186 co. 2 (tasso alcoolemico superiore a 0,8 gr/1 e non superiore ad 1,5 gr/1), la disciplina è rimasta immutata con la previsione dell'ammenda da € 800 ad € 3.200 e dell'arresto fino a mesi 6.

Si è invece modificata la previsione relativa alla terza soglia e cioè quella del tasso alcoolemico superiore a 1,5 gr/1 prevista dall'art. 186 co. 2 lett. C); in questo caso è rimasta invariata la misura della pena dell'ammenda (da € 500 ad € 6000) mentre è stata elevata la pena detentiva nel minimo a mesi 6, mentre nel testo precedente il minimo edittale era di mesi 3.

Si deve subito osservare che il legislatore nella nuova normativa ha previsto nel nuovo comma 9 bis dell'art. 186 la possibilità che la pena detentiva e pecuniaria possa essere sostituita con quella del lavoro di pubblica utilità.

A questo proposito si deve osservare che tale possibilità è prevista per tutti i casi di guida in stato di ebbrezza con esclusione dell'ipotesi in cui il conducente abbia provocato un incidente stradale.

È appena il caso di ricordare che una tale fattispecie era stata introdotta con la legge del rito del giudice di pace penale (art. 54 legge 274/200).

L'art. 9 bis regola la misura sostitutiva della pena detentiva e pecuniaria precisando che deve consistere nella prestazione di attività non retribuita a favore della collettività da svolgere, in via prioritaria, nel campo della sicurezza, e dell'educazione stradale presso lo Stato, le Regioni, le Province, i comuni o presso Enti o Organizzazione di assistenza sociale e di volontariato o presso i centri specializzati di lotta alle dipendenze.

La norma poi prevede che con il decreto penale o la sentenza il giudice incarichi l'ufficio locale di esecuzione penale ovvero gli organi di cui all'art. 59 del D.L.vo 274/200 di verificare l'effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità. Per quanto riguarda la durata del lavoro di pubblica utilità è previsto che sia corrispondente a quello della sanzione detentiva irrogata e della conversione della pena pecuniaria, raggiungendo 250 euro ad un giorno di lavoro di pubblica utilità.

In caso di svolgimento positivo del lavoro di pubblica utilità il Giudice deve fissare una nuova udienza in cui verrà dichiarato estinto il reato, disposta la riduzione alla metà della sanzione della sospensione della patente e revocata la confisca del veicolo in sequestro.

In caso di violazione degli obblighi connessi allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, il Giudice, tenuto conto dei motivi, dell'entità e delle circostanze della violazione, dispone la revoca della pena sostitutiva, ripristinando quella sostituita la sanzione amministrativa della sospensione della patente e la confisca del veicolo.

È previsto poi che il lavoro di pubblica utilità possa sostituire la pena per non più di una volta.

Come già evidenziato, il reato è stato commesso dal N. sotto la vigenza della precedente normativa, mentre attualmente è in vigore la nuova normativa prevista dalla legge 120/2010. Ci troviamo quindi di fronte ad un caso di successione di leggi penali nel tempo per cui dobbiamo verificare quale sia applicabile al caso di specie.

L'art. 2 c. 4 del codice penale che così recita: "Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile". Dobbiamo quindi valutare nel caso specifico se la normativa prevista dalla L. 120/2010 sia più o meno favorevole.

È sufficiente ricordare come per risolvere il problema siano stati elaborati della dottrina e dalla giurisprudenza due criteri:

il primo prevede che si attui un'analisi completa ed astratta facendo riferimento alla previsione delle pene che debbono essere inflitte e che sono previste per il reato. Secondo questo criterio sarebbe applicabile al caso di specie la normativa precedente che prevede come abbiamo visto una pena detentiva nel minimo fissata a mesi 3, mentre la nuova normativa prevede lo stesso massimo edittale, mentre il minimo è stato elevato a mesi 6.

Il secondo criterio propende invece una analisi che tenga conto nel concreto della situazione di maggiore o minore vantaggio che deriva al reo dall'applicazione dell'una o dell'altra disciplina.

Questo Giudicante ritiene che il secondo criterio sia di tutta evidenza il più corretto.

Anche la giurisprudenza della Suprema Corte ha precisato che il *favor legis* debba essere valutato in concreto con una interpretazione non esclusivamente formale.

Si debbono ricordare, a questo proposito, le sentenze della Suprema Corte Cassazione Penale sez. 1 del 18.05.1994 e Cassazione Penale sez. 5 del 26.01.2006; "la ricerca della legge più favorevole va fatta non in astratto o in via teorica bensì caso per caso, in rapporto al vantaggio che in concreto può derivare al reo, a seconda delle situazioni che si presentano e delle stesse possibili determinazioni del Giudice riguardo ad esse" ed ancora "ai fini dell'applicazione delle disposizioni di legge sopravvenute, ai sensi dell'art. 2 c.p., non è sufficiente che queste siano più favorevoli all'imputato in astratto, ma occorre che lo siano altresì in concreto, ossia non soltanto sulla base della mera comparazione fra le due normative succedutesi nel tempo, ma anche confrontando i risultati che deriverebbero dalla effettiva applicazione di esse alla fattispecie concreta; tale valutazione in concreto è necessaria specie quando la nuova norma, per il suo contenuto, non opera automaticamente in maniera più favorevole nei confronti della normativa in vigore al tempo del commesso reato, ma fa dipendere tale risultato, che è comunque eventuale, da un giudizio affidato ai poteri discrezionali del giudice e dalla verifica dei dati presupposti. Sicché, se è vero che in caso di successione di leggi penali si deve applicare integralmente quella che risulta più favorevole all'imputato, valutata nel suo complesso, non è men vero che tale principio va calato in ciascuna fattispecie concreta, in relazione all'interesse specifico dell'imputato, senza inframmettenze astratte e sia pure con divieto di applicazione simultanea di vecchie e nuove disposizioni".

Come ha osservato la difesa dell'imputato, anche la giurisprudenza di merito ha affermato lo stesso principio (v. Trib. Bari sez. 2 8.7.08) secondo cui "per legge più favorevole ai sensi del 4° co. art. 2 c.p. debba intendersi la norma che risulti in concreto più favorevole all'esito di un giudizio di comparazione che consideri le varie conseguenze derivanti dall'applicazione delle norme incriminatrici, l'entità della pena edittale diversamente prevista, l'eventuale applicazione di pene accessorie, i termini di prescrizione, la rilevanza del fatto di reato, sia con riferimento alle componenti oggettive, sia in riferimento all'elemento psicologico".

Secondo questo giudicante alla luce del criterio indicato in precedenza che fa riferimento ad un giudizio complessivo circa la situazione di maggior o minor vantaggio che deriva al reo, pare del tutto evidente come la nuova normativa dell'art. 186 c.d.s sia nettamente più favorevole all'imputato, in quanto, se pur inasprita nei limiti edittali, concede ai sensi del nuovo comma 9 bis all'imputato di sostituire la pena con

lavori di pubblica utilità ed in caso di svolgimento positivo, prevede l'estinzione del reato, la riduzione della metà della sospensione della patente e la revoca della confisca del mezzo.

Per quanto riguarda il lavoro di pubblica utilità quale sanzione sostitutiva, si deve sottolineare come sia intervenuta la S.C. (Cass. Pen. sez. IV 15.4.09) la quale ha affermato come questa sanzione debba ritenersi applicabile anche ai reati commessi anteriormente alla sua entrata in vigore, in quanto prevede un trattamento più favorevole all'imputato. La Corte è intervenuta in una fattispecie relativa al lavoro di pubblica utilità prevista dall'art. 73 co. V° bis d.p.r. 309/90 in relazione ai fatti di lieve entità di cui al comma V°, fattispecie introdotta dalla l. 21.2.06 n. 49: "Il D.P.R. n. 309/90 art. 73 co. V° bis introdotto con l. 21.2.06 n. 49 prevede per i fatti di lieve entità disciplinati nel precedente co. V° che, limitatamente ai reati commessi da persona tossicodipendente o da assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope, per i quali non sia concedibile la sospensione condizionale della pena, il giudice, su richiesta dell'imputato e sentito il P.M., possa applicare, anziché le pene detentive e pecuniarie, quella del lavoro di pubblica utilità prevista dal D.L.vo 28.8.2000 n. 274 art. 54. In questo modo le ipotesi rientranti nei fatti di lieve entità possono usufruire di un trattamento sanzionatorio alternativo rispetto alla sanzione detentiva, che può addirittura consentire la sostituzione del lavoro di pubblica utilità rispetto alla pena massima prevista che è quella di 6 anni. Si tratta di una norma ispirata da una apprezzabile finalità di recupero e di risocializzazione, che introduce un trattamento sicuramente più favorevole all'imputato rispetto alla precedente disciplina del "fatto di lieve entità" di cui al D.P.R. 309/90 art. 73 co. V° che non prevedeva alcuna possibilità di applicazione di "sanzioni sostitutive" sebbene differenziasse le sanzioni in relazione alla tipologia della sostanza stupefacente.

Che si tratti di una disposizione di maggior favore, lo si deduce non solo dalla specie della sanzione che non ha natura detentiva, ma anche dalle modalità esecutive previste dal richiamato decreto legislativo n. 274/2000 art. 54: ai fini del computo della pena, un giorno di lavoro di pubblica utilità consiste nella prestazione, anche non continuativa, di due ore di lavoro

Pertanto nel caso in esame l'applicabilità della nuova norma di cui al D.P.R. 309/90 art. 73 co. V° bis si giustifica in base al principio previsto dall'art. 2 c.p., secondo cui in caso di diversità fra la legge del tempo del commesso reato e quella successiva, trova applicazione quella "le cui disposizioni sono più favorevoli al reo".

A questi fini resta irrilevante che la disposizione più favorevole sia rimessa alla "concretizzazione del giudice", peraltro all'interno di un ambito applicativo piuttosto indeterminato quale quello previsto dal co. 5 bis citato in quanto la valutazione che deve essere fatta ai sensi del citato art. 2 c.p. riguarda anche l'ipotesi in cui la valutazione in concreto sulle disposizioni, abbia ad oggetto una norma che non operi automaticamente in maniera più favorevole nei confronti della normativa in vigore al tempo del commesso reato, ma dipenda da un giudizio rimesso al potere discrezionale del giudice che debba verificare anche la sussistenza dei presupposti.

Alla luce delle considerazioni di cui sopra, è evidente che ci troviamo di fronte ad una situazione del tutto analoga a quella presa in considerazione dalla S.C. per il caso previsto dal D.P.R. 309/90 art. 73 co. 5 bis; anche nel caso della nor-

mativa sul codice della strada si ha la stessa situazione: sono stati aumentati i minimi edittali, mantenuti i limiti massimi, ma è stata prevista la possibilità di sostituire la pena con quella del lavoro di pubblica utilità; è quindi evidente che nel caso di specie sia certamente applicabile la nuova disciplina prevista dall'art. 186 co. 9 bis c.d.s., in quanto è da ritenersi sicuramente più favorevole per l'imputato rispetto al precedente dettato normativo.

Alla luce delle considerazioni di cui sopra, ritenuta pienamente provata la responsabilità del N. in ordine al reato contestatogli e ritenute concedibili le attenuanti generiche prevalenti sulla contestata aggravante, stante il comportamento processuale, la giovane età e l'incensuratezza, si stima equa la pena di mesi 2 gg. 20 di arresto e € 750 di ammenda da sostituirsi con complessivi gg. 83 di lavoro di pubblica utilità.

(p.b. = mesi 6 di arresto e € 1.500 di ammenda, riduzione per le att. gen. = mesi 4 di arresto e € 1.125 di ammenda, ulteriormente ridotta per il rito a mesi 2 gg. 20 di arresto e € 750 di ammenda).

Vista la richiesta da parte dell'imputato di sostituire la pena inflittagli con quella di pubblica utilità, si osserva che la stessa è accoglibile e la pena può essere sostituita, essendo stata prodotta dall'imputato la documentazione relativa alla disponibilità della P.A. M. Onlus di accogliere il N. J. a prestare opera di volontariato gratuito presso la suddetta associazione e che quindi paiono sussistere tutti i presupposti di legge per l'applicazione dell'art. 186 co. 9 bis c.d.s.;

Per quanto riguarda la verifica circa l'effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, si deve delegare per i relativi controlli la Stazione CC di Genova M.

P.Q.M.

Visti ed applicati gli artt. 438 e segg. c.p.p. e art. 186 co. 1 lett. C) e co. 9 bis c.d.s.,

Dichiara

N. J. colpevole del reato a lui ascritto, concesse le attenuanti generiche ritenute prevalenti sulla contestata aggravante e diminuita la pena ai sensi dell'art. 442 c.p.p., lo condanna alla pena di mesi 2 gg. 20 di arresto e €. 750 di ammenda., oltre al pagamento delle spese processuali.

Sostituisce la pena detentiva e pecuniaria con quella del lavoro di pubblica utilità di cui all'art. 54 D.L.vo 274/2000 pari a gg. 83 da prestarsi presso la Pubblica Assistenza M. ONLUS come volontariato gratuito.

Revoca il d.p. n. 2489 emesso in data 20.7.2010.

Incarica per la verifica dell'effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità ai sensi dell'art. 59 del D.L.vo 274/2000 la Stazione dei CC di Genova — M.

Genova, li 20 dicembre 2010

Giudice di Pace di Genova, 11 marzo 2011 - Giudice Bertati.

CIRCOLAZIONE stradale - guida in stato di ebbrezza - uso di motociclo - sanzione amministrativa accessoria - confisca mezzo utilizzato per la commissione di reato - strumentalità del mezzo per la commissione del reato - necessità - ciclomotore e guida in stato di ebbrezza - elemento costitutivo e non strumento.

(Artt. 186 c. 2 e 213 C.d.S.)

In tema di guida in stato di ebbrezza compiuta con un ciclomotore non è applicabile dal Prefetto la sanzione amministrativa accessoria della confisca del mezzo ai sensi dell'art. 213 c.d.S., poiché il motoveicolo non può ritenersi strumento per l'esecuzione criminosa, ma è elemento costitutivo della contravvenzione.

RA.C.

Svolgimento del processo e motivi della decisione

Con ricorso ritualmente depositato in Cancelleria il ricorrente proponeva opposizione ex art. 205 CdS avverso l'ordine di confisca del veicolo tg BP00521 emesso il 23/07/2010 dal Prefetto di Genova motivato dall'intervenuta condanna penale del ricorrente per il reato di cui all'art. 186 C 2 CdS ed in applicazione dell'art. 213 C 2 sexies CdS.

Il ricorrente chiedeva l'annullamento dell'ordine in questione significando l'inapplicabilità dell'art. 213 C 2 sexies CdS alla contravvenzione di cui all'art. 186 C 2 Cds.

Il Prefetto di Genova si è costituito in Giudizio depositando comparsa di risposta con cui ha confutato le ragioni ex adverso svolte chiedendo il rigetto del ricorso con vittoria di spese.

All'udienza odierna il ricorrente precisa come in ricorso e questo Giudicante ritenuta la causa idoneamente istruita la trattiene in decisione, pronunciando sentenza mediante lettura del dispositivo:

Al fine della decisione è necessario valutare la tesi svolta dal ricorrente di inapplicabilità alla fattispecie per cui è processo dell'art. 213 C 2 sexies CdS che dispone la confisca del ciclomotore o del motociclo quando questo sia stato adoperato per commettere un reato.

La norma in questione richiama l'istituto della confisca fa-

coltativa di cui all'art. 240 I C C.P. prevista per le cose che servirono o furono destinate a commettere un reato.

Occorre al riguardo richiamare l'insegnamento del SC in tema di applicazione della citata norma penale, dove la Cassazione ha definito il concetto di cose che servirono a commettere il reato, precisando che tale concetto dev'essere inteso come implicante un rapporto causale diretto ed immediato tra la cosa ed il reato, nel senso che la prima risulti indispensabile per l'esecuzione del secondo, ciò in quanto il presupposto della confisca va ravvisato nella pericolosità della cosa che necessariamente postula l'ulteriore requisito dell'uso necessario della stessa per commettere il reato (Cass. 10106/1994).

Orbene nel caso in questione il motoveicolo del ricorrente non può ritenersi strumento per l'esecuzione criminosa, ma è elemento costitutivo della contravvenzione.

Venendo in tal modo a mancare il nesso teleologico tra mezzo e reato, risulta inapplicabile l'art. 213 C 2 sexies CdS alla contravvenzione di cui all'art. 186 CdS.

In tale situazione il ricorso risulta fondato e va accolto con il conseguente annullamento dell'ordine di confisca impugnato.

Il motoveicolo confiscato andrà restituito nella piena disponibilità del proprietario senza alcun onere a carico dello stesso.

Sussistono fondati motivi per la compensazione integrale delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso ed annulla l'ordine di confisca impugnato. Spese compensate.

Così deciso in Genova all'udienza del 11/03/2011.

Massime

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 20 luglio 2010 - Giudice Cusatti.

CIRCOSTANZE del reato - circostanze attenuanti - circostanze attenuanti generiche - reato di atti persecutori - lesioni - comportamento processuale - contesto - riconoscimento.

(Artt. 62 bis, 582, 612 bis c.p.)

È fondato il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche in considerazione sia del corretto comportamento processuale dell'imputato, il quale ha mostrato una certa resipiscenza per le scriteriate condotte che ha posto in essere, sia del contesto in cui sono maturati i fatti, non connotato dalla gratuita volontà di perseguire la persona offesa, bensì dall'oggettivo contrasto venutosi a creare tra i due in relazione alle problematiche di gestione dell'affidamento del figlio minore; contrasto ormai in via di decisa risoluzione a seguito del ricorso al Tribunale per i Minorenni e alla conseguente udienza di comparizione il cui verbale è stato acquisito al fascicolo processuale.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 26 febbraio 2010 - Giudice Papillo.

CIRCOSTANZE del reato - circostanze attenuanti del vizio parziale di mente - soggetto affetto da gravi disturbi della personalità non altrimenti specificati (N.A.S) - concedibilità.

(Artt. 89 e 575 c.p.)

All'imputato giudicato affetto da un disturbo della personalità non altrimenti specificato (N.A.S.), di entità tale da ridurre grandemente la capacità di intendere e volere al momento del fatto e causalmente rilevante nell'eziologia dell'azione omicida, può essere concessa la circostanza attenuante del vizio parziale di mente.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 28 ottobre 2010 - Giudice Baldini.

CONCORSO di persone nel reato - concorso anomalo - reato di rapina impropria aggravata - lesioni - furto aggravato - condotta complessiva dei correi - sviluppo logico dell'azione - prevedibilità.

(Artt. 116, 576, n. 1, 582, 585, c. 1, 624, 625 n. 4, 628 c. 3 n. 1 c.p.)

La condotta complessivamente serbata dai correi (i prevenuti arrivano insieme, si guardano insieme alle spalle, si allontanano insieme dopo il ferimento della vittima, operano insieme nel corso della serata in occasione di innumerevoli altri tentativi di borseggio realizzati con analogo modus operandi) risulta gravemente indiziaria di una consuetudine di rapporti e di un'evidente comunanza di intenti tra i due, sicché deve ritenersi (nell'ambito di fattispecie di rapina impropria aggravata e di lesioni) che la violenza materialmente perpetrata da uno dei correi contro la vittima poco prima derubata dall'altro sia uno

sviluppo logico dell'azione del tutto prevedibile da parte di quest'ultimo.

PA.PITT.

Tribunale di Genova - Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, sentenza 21 giugno 2010 - Giudice Orsini.

DELITTI contro il patrimonio - estorsione - richiesta di denaro - minaccia pubblicazione foto compromettenti - sussistenza.

(Art. 629 c.p.)

DELITTI contro il patrimonio - estorsione - aggravante speciale - violenza o minaccia commessa da più persone riunite.

(Artt. 628 co. 3 n. 1 c.p., 629 co. 2 c.p.)

Si concretizza il reato di estorsione continuata allorché la persona offesa venga costretta, in più occasioni, con la minaccia di vedere resa pubblica una foto compromettente, a versare del denaro all'agente.

La giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di affermare che nel reato di estorsione l'aggravante del concorso di più persone riunite - come del resto l'aggravante cosiddetta del "metodo" o della "agevolazione" mafiosi - sarebbe configurabile persino se la minaccia fosse stata esercitata da un solo soggetto, in quanto non è necessaria la presenza contestuale di più correi nel luogo di esecuzione del reato, ma è sufficiente che il soggetto passivo percepisca che la violenza o la minaccia provengono da più persone, avendo tale fatto per se stesso maggiore effetto intimidatorio. Nel caso in esame, tuttavia, tale percezione è certamente mancata e mai la parte lesa ha subito la pressione estorsiva da persona diversa dall'imputato.

CR.BR.

Tribunale di Genova - Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 17 novembre 2010 - Est. De Matteis.

DELITTI contro il patrimonio - rapina - aggravante del fatto commesso con arma - pistola giocattolo senza tappo rosso - sussistenza.

(Art. 628 c.p.)

REATO continuato - omogeneità dei reati - breve distanza temporale - sussiste.

(Art. 81 c.p.)

CIRCOSTANZE del reato - attenuanti generiche - giovane straniero tossicodipendente - sussistenza.

(Art. 62 bis c.p.)

Nell'ambito del reato di rapina, l'uso di una pistola giocattolo priva del tappo rosso rende corretta la qualificazione giuridica dei fatti come rapina aggravata dall'uso dell'arma.

L'omogeneità dei reati commessi e la brevissima distanza temporale degli episodi consente di ritenere che i reati siano uniti dal vincolo della continuazione.

(Fattispecie in cui l'imputato era accusato di due rapine aggravate dall'uso dell'arma commesse una in danno di una gioielleria mediante impossessamento di gioielli e l'altra in un supermercato asportando contante dalla cassa a due giorni di distanza l'una dall'altra).

L'imputato appare meritevole delle attenuanti generiche in ragione della sua personale condizione di straniero, della sua giovanissima età (21 anni) e della sua personale condizione di tossicodipendente.

CR.BR.

Tribunale di Genova - Ufficio del Giudice per le indagini preliminari - Giudice Giacalone - Sent. n. 822 del 9 settembre 2010.

DELITTI contro il patrimonio - ricettazione - detenzione di beni - difficile compatibilità con condizioni soggettive - assenza di denunce di furto - insussistenza.

(Art. 648 c.p.)

Il mero possesso, da parte di un giovane disoccupato affetto da problemi di tossicodipendenza, di un elevato numero di caschi e di telefoni cellulari presso la propria abitazione, in mancanza di denunce di furto e/o di smarrimento degli stessi idonee a fornire prova certa della loro provenienza delittuosa, non è sufficiente a fondare il giudizio di responsabilità per il reato di ricettazione. L'imputato deve pertanto essere assolto perché manca la prova che il fatto sussista.

FR. BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 22 febbraio 2010 - Giudice Orsini.

DELITTI contro il patrimonio - riciclaggio - elemento oggettivo - sussistenza - apparente buona fede emersa nell'udienza di convalida - sussistenza - apparente regolarità dei documenti di circolazione del veicolo - elemento soggettivo - insussistenza - ulteriori indagini - elementi concreti che contraddicono le prime dichiarazioni in buona fede - elemento soggettivo - sussistenza - condotta non occasionale - attenuanti generiche - non concesse.

(Art. 648 bis c.p.)

In tema di riciclaggio non può ritenersi sussistente il reato, nonostante appaia palesemente integrato l'elemento oggettivo, allorché vi sia carenza dell'elemento soggettivo sotto forma della mancanza di colpevolezza dell'indagato nel concorrere con la sua condotta in tale delitto, attese le spiegazioni da lui fornite e l'apparente regolarità dei documenti di circolazione del veicolo sequestrato. Nel caso di specie, tuttavia, la buona fede dell'imputato è contraddetta da alcuni elementi che depongono per la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato quali, ad esempio, la scoperta di dati identificativi del telaio del veicolo sequestrato (provento di furto) e la targa abbinata risultanti come relativi ad altro furgone intestato all'imputato e anche del possesso da parte dello stesso di una chiave del veicolo senza alcuna plausibile spiegazione da parte dello stesso. Ai fini della concessione delle attenuanti generiche rileva inoltre, in senso negativo, il fatto che l'imputato abbia precedenti per falsificazione di denaro e di appropriazione indebita, reati che, seppur commessi fuori dal territorio nazionale, depongono a favore della non occasionalità della condotta di riciclaggio.

(Nella fattispecie concreta il GIP all'esito dell'interrogatorio convalidava il fermo ma non emetteva alcuna misura cautelare non ritenendo la sussistenza di un quadro indiziario grave rispetto all'elemento soggettivo del delitto. Disposte ulteriori indagini si raccoglievano elementi a carico dell'imputato che rendevano poco credibile

l'asserzione del soggetto di aver acquistato in buona fede il veicolo sequestrato. Per quanto concerne le attenuanti generiche il GIP considerava, in base agli elementi concreti, non occasionale la condotta posta in essere e visti i numerosi precedenti, anche specifici, a nulla rilevando che gli stessi siano stati commessi all'estero (anzi l'incensuratezza costituisce, nel reato in oggetto, proprio elemento strutturale in quanto utilizzare soggetti macchiati da precedenti condanne potrebbe attirare l'attenzione delle forze dell'ordine) e la notevole abilità dimostrata non concedeva le circostanze di cui all'art. 62 bis c.p.)

L.SAN.

Tribunale di Genova - Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 13 gennaio 2011 - Giudice Giacalone.

DELITTI contro l'amministrazione della giustizia - calunnia - elemento soggettivo - consapevolezza della falsità delle accuse.

(Art. 368 c.p.)

Sussiste l'elemento soggettivo del delitto di calunnia, consistente nella consapevolezza della falsità delle accuse mosse, nella condotta di chi, nel corso dell'interrogatorio di convalida, dichiara di essere stato preso a calci e pugni dagli agenti che avevano operato l'arresto e successivamente si corregga in sede di interrogatorio reso al PM riferendo di essere caduto insieme ad uno degli operatori e che dopo essersi rialzato era stato perquisito ed ammanettato; per mettergli le manette era stato fatto sdraiare a terra. Nel farlo rialzare uno dei poliziotti gli alzava in alto con forza le braccia ammanettate dietro la schiena provocandogli la fuoriuscita della clavicola, non poteva dire se volontariamente o accidentalmente.

La vistosa differenza tra le accuse fatte dall'imputato in udienza di convalida e le successive dichiarazioni al PM dimostrano la falsità delle incolpazioni verso i poliziotti nella consapevolezza della loro innocenza con riferimento alle condotte denunciate, infatti l'erronea convinzione della colpevolezza è esclusa dalle diverse modalità della condotta attribuita ai poliziotti nella iniziale incolpazione e quella riferita in un secondo tempo al PM per correggere la portata di un'accusa che si sapeva del tutto falsa.

CR.BR.

Tribunale di Genova - Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 23 ottobre 2010 - Giudice Giacalone.

DELITTI contro la famiglia - abitualità del reato - pluralità di episodi autonomi - insussistenza.

(Art. 572 c.p.)

Il reato di maltrattamenti in famiglia ex art. 572 c.p. presuppone uno stato di abituale sottoposizione a sofferenze fisiche e psichiche, un sistema di vita abitualmente doloroso ed avvilente, consapevolmente instaurato dal soggetto agente, idoneo a determinare un grave stato di sofferenza nella persona offesa.

(Fattispecie in cui autonomi fatti di lesioni non sono stati considerati riconducibili ad un unitario ed abituale reato di maltrattamenti.)

FR.BR.

Tribunale di Genova - Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 15 gennaio 2010 - Giudice Petri.

DELITTI contro la libertà morale - "stalking" - elementi co-

stitutivi - condotta reiterata nel tempo - sussistenza - plurime minacce - sussistenza - plurime molestie - sussistenza - eventi richiesti per la consumazione - perdurante e grave stato d'ansia o di paura nella vittima - sussistenza - fondato timore per l'incolumità propria o di persona legata alla vittima - sussistenza - alterazione delle abitudini di vita della persona offesa - sussistenza - penale responsabilità - condanna.

(Art. 612 bis c.p.)

Il nuovo reato di cui all'art. 612 bis c.p., rubricato come atti persecutori (cd stalking), punisce la condotta di chi, con una condotta reiterata, minaccia o molesta plurime volte un altro soggetto provocando, con i propri comportamenti assillanti, una serie di eventi, costituenti il momento consumativo della fattispecie criminosa. Sono tali, il perdurante e grave stato d'ansia o di paura nella vittima (a tal proposito, la giurisprudenza non richiede uno stato patologico clinicamente accertato bensì ritiene sufficiente la verifica di uno stato d'animo di esasperazione e profonda prostrazione, concretamente accertabili e non transitori, come conseguenza di una vessazione continuata, comportante un mutamento della normale stabilità psicologica del soggetto), il fondato timore per l'incolumità propria o di persona legata alla vittima da una relazione affettiva e l'alterazione delle abitudini di vita della persona offesa.

(Nel caso di specie viene ritenuta la penale responsabilità dell'imputato per il reato in oggetto unitamente agli altri delitti contestati quali minacce e lesioni aggravate ed ingiurie. Lo "stalking" è stato provato dall'intensa attività persecutoria dell'imputato nei confronti del nuovo compagno dell'ex coniuge, posta in essere, nell'arco di alcuni mesi, mediante pedinamenti e appostamenti sotto casa della vittima, telefonate ad ogni ora del giorno e della notte - confermate dall'acquisizione dei relativi tabulati del traffico storico - contenenti gravissime minacce oggetto di numerose, dettagliate e puntuali querele ed ingiurie lesive dell'onore e della reputazione del denunciante ed infine realizzata attraverso un'aggressione sfociata in due pugni sferrati al volto della persona offesa, debitamente documentati al Pronto Soccorso. Altri sono stati provati gli eventi consumativi del reato. In primis l'insorgenza di un grave e perdurante stato d'ansia testimoniato dalla frequenza con la quale la vittima si è rivolta alle Forze dell'ordine chiedendo protezione in sede di querela. In secondo luogo la vittima ha dimostrato di essere stata costretta a mutare significativamente le proprie abitudini di vita ad esempio anticipando l'orario di uscita da casa per recarsi al lavoro. Infine appare provato anche il timore della p.o. per la propria incolumità e per quella della compagna: timore più che fondato sia per la pregressa aggressione patita dal denunciante, sia per i maltrattamenti subiti dalla donna ad opera dell'ex marito ed oggetto di separato e pendente procedimento penale. In sede di quantificazione della pena l'imputato è stato condannato senza la concessione di attenuanti generiche, avendo tenuto conto della gravità dei reati, della notevole conoscenza delle abitudini della vittima, dell'aver dimostrato di "saper passare alle vie di fatto" attraverso l'aggressione fisica, della mancanza di timore delle conseguenze dei suoi gesti - circostanza testimoniata dal contenuto delle telefonate-, dei maltrattamenti verso l'ex coniuge e dalla mancanza di confessione degli addebiti.)

L.SAN.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 9 marzo 2010 - Giudice Papillo.

DELITTI contro la libertà personale - violenza sessuale - denuncia-querela della p.o. e successiva testimonianza in incidente probatorio - spontanee dichiarazioni dell'indagato

presso il commissariato in seguito alla conoscenza della presentazione della querela - sommarie informazioni di persona terza presente la sera dei fatti - specifici fatti contestati avvenuti fuori dalla possibilità di osservazione dei terzi - impossibilità di ricerca di elementi di conferma diretta - necessaria verifica di attendibilità del racconto della p.o. - ricerca di elementi di conferma ai fatti accessori al nucleo centrale del racconto - incongruenze emergenti dal racconto della p.o. - insussistenza - dichiarazioni delle due amiche della p.o. - concordanti con il racconto della p.o. - dichiarazioni della vittima intrinsecamente credibili in quanto precise, coerenti e costanti - attenuante art. 609 bis ultimo comma c.p. - concessione - condanna.

(Art. 609 bis c.p.)

In tema di reati sessuali quando i fatti oggetto di querela siano avvenuti al di fuori della possibilità di osservazione di terzi, in modo che non sia possibile la ricerca di elementi di conferma diretta della narrazione della persona offesa, la verifica di attendibilità del racconto va condotta da un lato valutandone l'attendibilità intrinseca e dall'altro cercando elementi di conferma ai fatti accessori al nucleo centrale del racconto. Tali elementi possono essere costituiti da sommarie dichiarazioni testimoniali che concordino con la narrazione della vittima convalidandone la genuinità. (1)

L.SAN.

(1) Nel caso specifico risultando ovviamente numerose e radicali incongruenze tra il racconto della persona offesa e le dichiarazioni dell'indagato circa lo svolgimento dei fatti incriminati, il GIP ha dovuto operare il relativo confronto.

Il racconto della vittima è apparso, nei suoi contenuti, costante nei tre momenti della denuncia-querela, delle sommarie informazioni ed infine della testimonianza in incidente probatorio risultando peraltro confermato dalle due amiche sentite a s.i.t. che hanno accompagnato la persona offesa al Pronto soccorso la mattina seguente ai fatti. Non così la narrazione dei fatti dell'imputato a supporto della quale sono state poste due testimonianze ritenute tuttavia, dall'organo giudicante, non attendibili né credibili (forse per lo stretto rapporto di amicizia con l'imputato) per essere troppo ricche di particolari nonostante il lungo periodo trascorso dalla notte in cui è stato commesso il reato contestato. I fatti così ricostruiti hanno confermato il modo insidioso in cui il rapporto sessuale ha avuto inizio inscrivendolo già da principio nell'area della rilevanza penale e assumendone gli estremi di violenza nella fase successiva al risveglio della ragazza e all'espressione del suo dissenso. In sede di commisurazione della pena, il GIP ha comunque considerato l'uso di una violenza contenuta visto anche il contesto in cui si è inserita la condotta, concedendo così l'attenuante speciale di minore gravità del terzo comma dell'art. 609 bis.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 5 luglio 2010 - Giudice Carpanini.

DELITTI contro la libertà personale - violenza sessuale - lesioni - riconoscimento dell'aggressore - certezza - assoluzione per non aver commesso il fatto.

(Artt. 576, n. 1, 582, 585, c. 1, 609 bis c.p.)

Non può che pervenirsi all'assoluzione dell'imputato, essendo del tutto insufficiente la prova che egli abbia commesso il fatto ed anzi apparendo quanto mai improbabile che sia lui il responsabile dell'aggressione a sfondo sessuale realizzata ai danni della persona offesa, quando

le circostanze in cui quest'ultima e la persona assunta a sit hanno potuto vedere l'aggressore non paiono garantire in alcun modo la certezza del successivo riconoscimento

(Nel caso di specie, la persona offesa ha ammesso di aver visto un giovane che attraversava la strada, ma di non averne scorto il volto che era coperto da una mano e, durante l'aggressione, è comunque stata presa alle spalle ed ha ammesso di aver visto il suo aggressore solo di lato. Quanto alla persona assunta a sit, ha potuto vedere il presunto responsabile dell'aggressione mentre attraversava la strada e, se è vero che la ragazza ha riferito di averlo guardato con attenzione perché l'uomo le stava osservando con insistenza, non pare comunque che la necessaria brevità del contatto visivo, l'ora notturna, la distanza di almeno alcuni metri e per di più con l'immagine filtrata attraverso il vetro della macchina possano garantire la certezza del successivo riconoscimento).

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 18 ottobre 2010 - Giudice Orsini.

DELITTI contro la persona - rissa - violenta contesa tra tre o più persone con volontà reciproca di recare offesa agli avversari - necessità - spostamenti dello scontro in luoghi limitrofi a quello iniziale e frazionamento in vari episodi dello stesso - compatibilità.

(Art. 588 c.p.)

Sussiste il reato di rissa ogni qual volta si verifichi una violenta contesa fra tre o più persone, tutte animate dall'intento di recare offesa agli avversari.

Le modalità della condotta possono ben implicare spostamenti dello scontro in luoghi vicini e frazionamenti in vari episodi, che rimangono, peraltro, sempre legati tra loro da una dinamica progressiva e concatenata.

(Nel caso di specie, da uno scontro all'interno di un bar, i soggetti coinvolti nella rissa erano passati ad uno scontro in strada).

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 23 settembre 2010 - Giudice Giacalone.

DELITTI contro l'onore - diffamazione a mezzo stampa - competenza territoriale - luogo di stampa.

(Art. 595 c.p.)

In tema di diffamazione a mezzo stampa, competente per territorio è il giudice del luogo in cui si trova la tipografia dalla quale gli stampati sono usciti per essere posti in circolazione.

FR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 16 luglio 2010 - Giudice Dott.ssa Bossi.

IMMIGRAZIONE - mancata esibizione del passaporto e di altro documento di identificazione - mancata esibizione del permesso di soggiorno - presenza irregolare sul territorio - inesigibilità della condotta - reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato - diritto di non autoincriminarsi - mancata esibizione documento di identificazione - giustificato motivo - sussistenza.

(Art. 6 D. Lgs. 286/98)

L'art. 6, comma 3, del D.Lgs. 286/1998, nella sua formulazione attuale, risultante dalla modifica apportata dalla L. n. 94/2009, richiede, ai fini della configurabilità della fattispecie contravvenzionale ivi prevista, l'omessa esibizione di due distinti documenti: uno idoneo ad identificare lo straniero (documento di identità), l'altro attestante la sua regolare presenza sul territorio nazionale (permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolarità della sua presenza nel territorio dello Stato).

Elemento costitutivo di tale fattispecie (e non quindi mera condizione di non punibilità) è, inoltre, che tale duplice omissione non sia sorretta da un "giustificato motivo".

L'esibizione dei documenti contemplati dall'art. 6, comma 3, del D.Lgs. n. 286/1998 è condotta inesigibile dall'immigrato clandestino.

In particolare, con riferimento all'immigrato clandestino, è da escludere in radice che possano esistere il permesso o la carta di soggiorno, perché altrimenti egli non sarebbe più immigrato clandestino e, pertanto, non appare esigibile che questi debba esibire uno di tali documenti che sul piano naturalistico non sono mai esistiti né potevano esserlo perché del tutto inconciliabili ed ontologicamente esclusi dalla sua condizione di clandestino.

Inoltre, poiché la legge n. 94/2009 ha introdotto nel nostro ordinamento il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello stato, l'esibizione di un passaporto o di altro documento di identificazione da parte dello straniero irregolarmente presente in Italia disvelerebbe la commissione di un reato da parte dello stesso. Il diritto riconosciuto nel nostro ordinamento di non autoincriminarsi (*nemo tenetur se detegere*) costituisce, quindi, il "giustificato motivo" per il quale il soggetto clandestino non esibisce i propri documenti di identità ad ufficiali od agenti di pubblica sicurezza.

S.LIG.

Tribunale di Genova, sezione per il Riesame, 28 gennaio 2011 - Pres. Cascini - Est. Colella.

MISURE CAUTELARI - misure cautelari reali - sequestro conservativo per i crediti dell'erario - conversione sequestro penale - sospensione condizionale della pena - inapplicabilità - residuo credito per spese procedimento - sproporzione - inapplicabilità.

(Art. 168 c.p.; art. 316 c.p.p.)

In tema di sequestro conservativo per i crediti dell'erario non ricorre il *periculum* quando la pena sia stata condizionalmente sospesa poiché l'erario non vanta in questo caso un diritto di credito ma una mera aspettativa subordinata alla condizione che il beneficio venga revocato in applicazione dell'art. 168 C.P. Per il residuo debito dell'erario riferibile alle spese del procedimento la somma in sequestro non può apparire totalmente sproporzionata. Deve peraltro valutarsi la fondatezza del rischio di perdita delle garanzie del residuo credito, considerato che il *periculum* in mora ricorre tutte le volte in cui possa fondatamente prevedersi, in base a concreti elementi inerenti all'entità del credito ed ai beni oggetto del sequestro, da porsi in relazione con la composizione del patrimonio del debitore e con l'atteggiamento da questi concretamente assunto, che vengano disperse le garanzie del credito.

(Fattispecie in tema di sequestro penale eseguito su una somma di Euro 1.100,00 in banconote ed un libretto postale con un saldo di Euro 1.5000 in occasione dell'arresto di una donna colta in possesso di 33 pezzi di sostanza stupefacente tipo hascisc. In sede di convalida la difesa della donna chiariva la propria posizione lavorativa com-

patibile con la detenzione del denaro, talché il PM chiedeva, unitamente alla convalida dell'arresto, l'emissione di sequestro preventivo o in subordine la conversione del sequestro penale in sequestro conservativo per i crediti dell'erario. Il Giudice in sede di udienza di convalida ha disposto la conversione del sequestro penale in sequestro conservativo sulle somme sequestrate e sul libretto postale. Nella successiva sentenza il giudice concedeva la sospensione condizionale della pena confermando il sequestro. Il provvedimento cautelare emesso in sede di convalida è stato poi impugnato e su di esso il Tribunale per il riesame ha emesso il provvedimento massimato, ritenendo tra l'altro che non ricorressero elementi concreti per valutare la fondatezza del rischio di perdita delle garanzie del residuo credito, trattandosi di persona regolare sul territorio dello Stato munita di permesso di soggiorno per motivi di lavoro, oltre che incensurata.)

RA.C.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 20 luglio 2010 - Giudice Cusatti.

PARTE civile - spese di costituzione e difesa - casistica.

(Art. 76 e ss. c.p.p.)

In caso di udienza preliminare destinata esclusivamente alla valutazione dell'istanza di applicazione della pena su accordo delle parti, ricorrono giusti motivi per la compensazione totale delle spese di costituzione e difesa sostenute dalla parte civile, quando l'intervento di quest'ultima nel procedimento è avvenuto non già nel corso di un'udienza preliminare aperta ad ogni possibile esito giudiziale, bensì nel corso di un'udienza preliminare come sopra descritta.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, sentenza applicazione della pena su richiesta delle parti, 18 febbraio 2010 - Giudice Fucigna.

PENA - applicazione - gravità del reato - valutazione - attenuanti generiche - età e condizioni di salute - concessione - recidiva reiterata infraquinquennale - facoltatività - mancata applicazione.

(Art. 62 bis, 99, 133, 591 c.p.; art. 444 c.p.p.;)

Di fronte ad una richiesta di patteggiamento il GIP valuta la pena da irrogare, correttamente operate tutte le diminuzioni di pena calcolate dalle parti anche alla luce delle condizioni personali dell'imputata.

(Nel caso di specie, contestato il reato di abbandono di figlia minore ex art. 591 c.p., il GIP valuta l'accordo tra le parti, applicate le diminuzioni di pena per la concessione delle circostanze attenuanti generiche vista l'età, le condizioni personali, e di salute della madre. Allo stesso modo il Giudice esclude correttamente l'aumento di pena dovuto alla recidiva, sulla scorta della sentenza n. 16750/07 della Suprema Corte, ritenendo la stessa facoltativa considerate sia le condizioni socio-economiche dell'imputata sia la risalenza temporale dei precedenti non specifici.)

L.SAN.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 14 ottobre 2010 - Giudice Baldini.

PROVE - valutazione della prova - testimonianza della sola persona offesa.

(Art. 192 c.p.p.)

In tema di valutazione della prova, qualora si tratti di testimonianza della persona offesa dal reato - la quale ha sicuramente interesse verso l'esito del giudizio -, è necessario vagliare le sue dichiarazioni con ogni opportuna cautela, cioè compiere un esame particolarmente penetrante e rigoroso attraverso una conferma di altri elementi probatori (non necessariamente riscontri esterni), di talché tale testimonianza può essere assunta, da sola, come fonte di prova, unicamente se venga sottoposta a detto riscontro di credibilità oggettiva e soggettiva, compendosi quindi su di essa un'accurata indagine 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.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 12 gennaio 2010 - Giudice Giacalone.

STUPEFACENTI - Spaccio di sostanze stupefacenti - Destinazione allo spaccio della sostanza detenuta - superamento dei limiti tabellari - mero dato quantitativo - insufficienza.

(Art. 73, D.P.R. 309/90)

In materia di stupefacenti, il mero dato quantitativo del superamento dei limiti tabellari previsti dall'art. 73, comma 1 bis lett. a) DPR 309/90, come modificato dalla L. 46/09, non vale ad invertire l'onere della prova a carico dell'imputato, ovvero ad introdurre una sorta di presunzione, sia pure relativa, in ordine alla destinazione della sostanza ad un uso non esclusivamente personale, dovendo il giudice globalmente valutare, sulla base degli ulteriori parametri indicati dalla norma, se le modalità di presentazione e le altre circostanze dell'azione siano tali da escludere una finalità esclusivamente personale della detenzione.

(Nel caso di specie, in applicazione di tale principio, il mero dato ponderale è stato ritenuto dal giudice insufficiente al fine di fondare un giudizio di penale responsabilità dell'imputato in presenza di documentate giustificazioni offerte dalla difesa ed in assenza di elementi che deponessero per una chiara destinazione allo spaccio.)

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 17 giugno 2010 - Giudice Cusatti.

VIOLAZIONI finanziarie - emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti - concorso di persone - sussistenza.

(Art. 8 D. L.vo 74/200 e 110 c.p.)

La condotta di chi accetti che altri utilizzi il proprio timbro per attestare falsamente circostanze mai avvenute, cioè la prestazione in favore di terzi di propri lavori o servizi, costituisce una forma di concorso materiale nella condotta di falso ideologico realizzata da terzi mediante la predisposizione di fatture non già invito domino, come accade nei casi di falsità materiale di cui all'art. 3 D.L.vo 74/2000, bensì con il pieno consenso - incorporato nella cessione del predetto timbro - dell'avente diritto.

M.CIR.

Documenti

La politica criminale dell'Unione europea: prospettive di sviluppo dopo i Trattati di Lisbona

Marco Pelissero

Ordinario di Diritto Penale, Università di Genova

Sommario: 1. *Mutamenti istituzionali e politica criminale dell'Unione europea* - 2. *L'armonizzazione mediante direttive*. - 3. *L'armonizzazione mediante regolamenti*. - 4. *Quali sviluppi?*

1. Mutamenti istituzionali e politica criminale dell'Unione europea.

L'intervento dell'avv. Giacomini ha ben evidenziato l'ispirazione fortemente comunitaria della giurisprudenza della Corte di giustizia che ha giocato un ruolo essenziale nel potenziamento della politica criminale dell'Unione europea. Emerge in modo marcato una direzione di sviluppo, in cui la compressione della discrezionalità penale degli Stati membri sulle politiche penali nazionali va a vantaggio della *comunitarizzazione della politica criminale*: le più recenti pronunce della Corte di giustizia, sia in tema di interpretazione conforme sia in tema di direttive a contenuto penale, manifestano l'esigenza di assicurare maggior forza alla politica criminale dell'Unione europea rispetto a quella che deriverebbe dal ricorso agli strumenti del terzo pilastro: l'indicazione è stata nel senso del *rafforzamento della politica di armonizzazione attraverso la sua comunitarizzazione*. Le più recenti sentenze della Corte di giustizia hanno aperto il campo alle scelte più radicali che si sono tradotte nei Trattati di Lisbona che ha rafforzato le competenze dell'Unione europea sulla politica criminale, grazie a due interventi più generali di tipo istituzionale.

Innanzitutto, diventa centrale l'*abolizione della struttura a pilastri* e la "comunitarizzazione" (o, con un brutto neologismo, la "unionizzazione") delle questioni attinenti alla criminalità che trovano nella direttiva il nuovo strumento di governo. Si cristallizza così nelle nuove norme dei trattati il percorso della giurisprudenza della Corte di giustizia che aveva rafforzato l'efficacia delle norme del terzo e del primo pilastro come strumento di condizionamento delle scelte di politica criminale dei singoli Stati nazionali. Dopo i Trattati di Lisbona l'armonizzazione non si realizza più attraverso le decisioni-quadro, ma tramite direttive e, in un caso specifico, mediante regolamenti. Il significato che riveste il ricorso a questi due diversi strumenti segnala differenti gradi di penetrazione della politica penale dell'Unione sui sistemi penali nazionali.

Va poi evidenziato il *consolidamento della base democratica della legalità delle fonti normative dell'Unione europea* nella materie interessate dalla prevenzione e repressione della criminalità. Sebbene il c.d. deficit democratico delle istituzioni comunitarie sia ancora significativo, non v'è dubbio che, rispetto alla situazione iniziale, la generalizzazione del procedura legislativa ordinaria, che prende il posto della pregressa procedura di codecisione, veda in posizione paritaria il Consiglio ed il Parlamento europeo, che da organo meramente consultivo assurge ad organo legislativo. Si fanno, pertanto, meno solide le obiezioni tradizionalmente rivolte alla assenza di una competenza dell'Unione europea in materia penale e si conferma il vincolo strettissimo che avvinca le garanzie della legalità penale alle scelte politiche sulla fonte deputata ad incidere sulla materia penale.

2. L'armonizzazione mediante direttive.

Tra le tradizionali *tecniche di tutela degli interessi di rilevanza comunitaria* (assimilazione, armonizzazione, unificazione), i Trattati di Lisbona privilegiano quella della *armonizzazione*, che potremmo definire rafforzata, in ragione dello strumento privilegiato per la sua attuazione (le direttive): infatti, l'assimilazione, come noto, sconta la differenziazione di disciplina dei singoli ordinamenti nazionali, mentre l'unificazione richiede un ulteriore consolidamento della politica dell'unione europea, sebbene – come indicherò – non mancano accenni in tal senso anche nelle norme del TFUE.

Il dato di maggiore novità per il penalista è costituito dall'art. 83 TFUE, che prevede l'intervento di direttive in materia penale finalizzate a soddisfare esigenze di ravvicinamento delle discipline nazionali in ragione della *transnazionalità* del fenomeno criminale da disciplinare o di complemento delle *esigenze di armonizzazione* emerse in specifici settori di disciplina.

A) Il primo ambito della politica penale dell'Unione europea è costituito dalla *criminalità transnazionale*. Il paragrafo 1 prevede che «il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni». Sono individuate specifiche sfere di criminalità, già considerate dal previgente art. 31 TUE, ma non più condizionate all'esigenza di cooperazione giudiziaria (terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata).

L'ambito delle forme di criminalità individuate come oggetto delle misure di armonizzazione non è rigido: il trattato prevede possibilità di estensione, in relazione alla evoluzione della criminalità, sulla base di una decisione del Consiglio che delibera all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo. Si tratta, pertanto, di un ambito mobile, estensibile nel tempo, a condizione che siano rispettati i requisiti generali di transnazionalità fissati dall'art. 83 cit.

Questi requisiti riflettono quelli della criminalità organizzata transnazionale, come definita dalla Convenzione di Palermo del 2000 all'art. 3, § 2: «... un reato è di natura transnazionale se: (a) è commesso in più di uno Stato; (b) è commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avviene in un altro Stato; (c) è commesso in uno Stato, ma in esso è implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; o (d) è commesso in uno Stato ma ha effetti sostanziali in un altro Stato».

L'art. 83 cit., però, si presenta ancor più generico e lascia inevitabilmente un ampio margine di discrezionalità alla politica criminale dell'Unione europea.

B) Accanto alle esigenze di disciplinare la criminalità transnazionale, l'art. 83, par. 2 TFUE menziona il ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia penale laddove sia indispensabile «per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione» (art. 83, paragrafo 2): anche in tal caso si prevede la possibilità di definire, sempre tramite direttive, «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione». In questo caso l'intervento della politi-

ca criminale dell'Unione europea è limitato a settori già oggetto di misure di armonizzazione: penso in particolare a casi in cui l'armonizzazione sul versante della disciplina extrapenale richieda anche un corrispondente intervento sul versante delle norme penali. Sul punto, l'art. 83 si pone nel segno della continuità rispetto alla politica criminale giudiziaria della Corte di giustizia, confermando ed assumendo a regola generale la comunitarizzazione della materia penale in relazione alle scelte di criminalizzazione («norme minime relative alla definizione ... dei reati») in continuità con la pronuncia della Corte di giustizia in tema di ambiente del 13 settembre 2005. A mio avviso, sussistono, tuttavia, due profili di indubbia novità rispetto alla precedente evoluzione giurisprudenziale.

Innanzitutto l'ambito delle materie rispetto alle quali può sorgere l'esigenza di direttive in materia penale non è più limitato ai settori di interesse preminente dell'Unione: se la Corte di giustizia, proprio facendo leva sulla essenzialità degli interessi in gioco, aveva supportato lo spostamento della materia "penale" dal terzo al primo pilastro, aveva comunque mantenuto la comunitarizzazione delle linee di tutela sovranazionale nei limiti dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Una scelta più ampia a favore dell'intervento di direttive in materia penale, in luogo degli interventi affidati al terzo pilastro, richiedeva una esplicita presa di posizione "politica" in sede di revisione dei trattati: ed è questa la direzione in cui si è mosso il TFUE, che ha consentito il ricorso alle direttive nelle materie che il precedente art. 31 TUE individuava come oggetto di armonizzazione per esigenze di cooperazione giudiziaria.

In secondo luogo, l'art. 83 innova la giurisprudenza della Corte di giustizia in relazione alla possibilità di dettare, sempre tramite direttive, «norme minime relative alla definizione ... delle sanzioni»: l'espresso richiamo alle sanzioni segnala il superamento dei principi fissati dalla sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 2007 (relativa alla decisione-quadro sulla repressione dell'inquinamento provocato dalle navi) che aveva escluso, con una motivazione a dire il vero apodittica, la possibilità di indicare sanzioni penali nelle direttive, lasciando quindi ogni soluzione alla c.d. *tecnica del doppio testo*: una tecnica che, come noto, affianca alla direttiva, cui spetta la definizione degli elementi di fattispecie, una decisione-quadro, giuridicamente meno impegnativa, in relazione alle scelte sanzionatorie. Questo profilo rappresenta una indubbia novità che segnala sul piano politico il rafforzamento della politica penale dell'Unione europea nella consapevolezza che l'efficacia del contrasto ad un fenomeno criminale non si gioca solo sul terreno della formazione di un minimo comune denominatore in relazione all'area della penalità, ma richieda la definizione di un'acquis penale dell'Unione europea in relazione anche alla politica sanzionatoria. Non è dunque solo un problema di cosa punire, ma di come punire ed è proprio il come punire che qualifica l'intervento penale.

Quanto, però, l'Unione europea potrà incidere con scelte stringenti sulle sanzioni penali dei singoli ordinamenti nazionali?

Mi pare indubbio che la tipologia sanzionatoria possa essere prevista a livello di direttiva: l'Unione europea sembra quindi che possa abbandonare la consueta formula delle sanzioni proporzionate, efficaci e dissuasive, che costituiva un leit motiv del contenuto delle direttive comunitarie a far data dalla fondamentale sentenza sul mais greco del 1989, facendo scelte più stringenti a favore delle sanzioni penali. D'altra parte, la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia aveva già mostrato di superare l'agnosticismo sulle scelte sanzionatorie, a favore della necessità dell'intervento penale, laddove, in forza del principio di lealtà comunitaria, lo avesse imposto l'adeguatezza della risposta sanzionatoria (CGCE 13 luglio 1990, causa C-2/88, Zwartveld, in *Raccolta*, 1990, I-2265; CGCE, 28 gennaio 1999, causa C-77/97, Unilever, in *Raccolta*, 1999, I-431 ss.).

Dubito, però, che la fissazione di norme minime relative alla definizione delle sanzioni possa consentire una scelta più stringente a fa-

vore della imposizione, tramite direttive, di rigidi limiti edittali in relazione alle fattispecie oggetto di armonizzazione. Si tratterebbe di una scelta che solo apparentemente esprimerebbe una effettiva armonizzazione dei sistemi nazionali. Si deve infatti tener conto che una scelta sui livelli sanzionatori dice ancora poco in ordine alla efficacia della tutela del bene, perché il "peso" effettivo della pena dipende dal complessivo sistema sanzionatorio in cui quella previsione va ad impattare. Se già gli sforzi di armonizzazione sulle scelte di criminalizzazione scontano la specificità dei singoli ordinamenti nazionali, ancor più la definizione a livello di Unione europea di sanzioni comuni si stempera nella complessità dei sistemi sanzionatori nazionali, nella interazione tra previsione legislative sulle committorie edittali, potere discrezionale del giudice, cause di estinzione del reato e della pena, disposizioni processuali e norme sulla esecuzione della pena che possono rendere del tutto simbolica l'indicazione iniziale sugli astratti limiti edittali della pena. Se si considera che una delle principali ragioni di crisi dell'attuale sistema penale italiano risiede proprio nella eccessiva divaricazione tra pena minacciata in astratto, pena in concreto applicata dal giudice e pena in concreto eseguita, ci si può facilmente comprendere che l'armonizzazione della tutela penale non è affatto definita dalla imposizione dall'alto di uniformi limiti edittali.

È chiaro che la ratio sottostante all'art. 83 in ordine alle sanzioni risiede nella necessità di rafforzare la tutela penale, rendendola omogenea, per evitare i difetti della tecnica della assimilazione, garantendo al contempo una più efficace cooperazione giudiziaria; ma l'esigenza di avere norme minime sulle sanzioni deve essere temperata con la flessibilità necessaria ad evitare che una apparente omogeneizzazione della risposta sanzionatoria nelle direttive attraverso la rigida predeterminazione di limiti edittali si traduca di fatto nella disomogeneizzazione delle risposte sanzionatorie nazionali.

A mio avviso, pertanto, alla necessità di una sempre maggiore rigidità delle prescrizioni in ordine ai fatti punibili, dovrà necessariamente corrispondere una flessibilità delle prescrizioni sulla sanzione, valorizzando quei principi argomentativi delle sanzioni proporzionate, efficaci e dissuasive più volte ribaditi dalla Corte di giustizia e che trovano copertura nei principi di sussidiarietà e proporzionalità dell'intervento dell'Unione europea fissati nell'attuale art. 5 TUE. La direttiva può pertanto intervenire sui sistemi penali nazionali, in modo più o meno stringente, a condizione che: a) gli obiettivi dell'azione non possano essere conseguiti in misura sufficiente dagli stati membri e possano essere meglio conseguiti a livello di Unione (sussidiarietà); b) l'intervento dell'Unione si limiti a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati (proporzionalità).

Questi due principi, che assurgono a direttrici generali dei rapporti tra Unione europea e Stati membri, devono diventare anche i canoni della politica criminale dell'Unione europea. Il che va ribadito con forza in relazione al settore sensibile della materia penale, espressione di un nucleo centrale della sovranità statale che gli Stati membri sono particolarmente restii a cedere all'Unione europea, come hanno ben evidenziato i contrasti tra Commissione e Consiglio in ordine alla scelta tra direttive e decisioni-quadro in materia penale.

La Corte di giustizia, nella consapevolezza dell'incompetenza penale diretta dell'Unione europea aveva elaborato una giurisprudenza dialogica con i sistemi penali nazionali valorizzando una prospettiva sostanzialistica attenta più alla efficacia, proporzione e dissuasività del meccanismo sanzionatorio che alla qualificazione giuridica della natura della sanzione, facendo così salva la sovranità penale nazionale.

Orbene, quel rapporto dialogico tra istituzioni comunitarie e Stati membri trova oggi una formalizzazione a livello istituzionale. L'art. 83, infatti, nel momento in cui segnala un indubbio rafforzamento della politica penale dell'Unione europea, assicura al contempo un meccanismo di fuga dalla erosione della sovranità penale nazionale im-

posta dall'alto: il paragrafo 3 prevede che un membro del Consiglio investa il Consiglio europeo, qualora ritenga che un progetto di direttiva incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale; in caso di disaccordo sulla direttiva "penale", si avvia una procedura di cooperazione rafforzata, che consente così ad alcuni Stati di sottrarsi alla direttiva che vincolerà solo gli Stati che vi hanno aderito. Ci troviamo di fronte ad un compromesso "politico" tra istanze di potenziamento della politica penale dell'Unione e nazionalismi penalistici, un compromesso che però, in futuro, può rischiare di creare una *legislazione penale europea a macchia di leopardo*: se gli Stati facessero ampio ricorso al meccanismo di salvaguardia previsto dall'art. 83, paragrafo 3 TFUE, ci troveremmo di fronte a *processi di armonizzazione del diritto penale a doppia velocità*, ben lontani dal soddisfare quelle esigenze di armonizzazione che avevano portato la giurisprudenza della Corte di giustizia a comunitarizzare alcuni settori della legislazione penale. Se dovesse prevalere il nazionalismo penale, sarebbe compromessa l'attuazione di una efficace (ed unitaria) politica criminale europea.

Credo che dopo Lisbona, un antidoto alla politica criminale a doppia velocità sia proprio costituito dalla necessità di assicurare una flessibilità dialogica tra contenuto delle direttive e ordinamenti nazionali: voglio dire che una eccessiva rigidità delle direttive, specie sul terreno sanzionatorio, rischia di aprire il varco al meccanismo di salvaguardia e non c'è dubbio che un eccessivo ricorso da parte degli Stati membri alla clausola di salvaguardia vanificherebbe, nella parzialità degli accordi di cooperazione rafforzata, una più solida politica criminale europea. Ancora una volta sarà la condivisione più ampia del progetto politico europeo a condizionare l'effettivo processo di armonizzazione delle legislazioni penali nazionali.

C'è ancora un rilievo da fare. Un attento vaglio a livello di Unione europea in ordine alla meritevolezza e necessità della pena, in conformità a quanto si desume dall'art. 5 TUE, è indispensabile per evitare che il facile ricorso alla sanzione penale nelle direttive si traduca inevitabilmente, a livello nazionale, in una, già di per sé, incontrollata espansione del sistema penale; i difetti del simbolismo penale nazionale sarebbero aggravati dagli effetti irrazionali di un *nuovo simbolismo dell'Unione europea* che difficilmente sarebbe in grado di tornare sui propri passi per contrarre l'area di rilevanza penale.

3. L'armonizzazione mediante regolamenti.

Molto più incisive sui sistemi penali nazionali potranno rivelarsi le scelte di politica criminale prefigurate dai Trattati di Lisbona in relazione alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, un settore strategico per ciò che questi interessi rappresentano in termini non solo patrimoniali, ma soprattutto di potenzialità d'azione delle politiche dell'Unione. L'art. 86, paragrafo 1 TFUE prevede che per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione il Consiglio possa istituire, mediante regolamenti, una Procura europea «competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dal regolamento previsto dal paragrafo 1, e i loro complici» (art. 86, paragrafo 2). La norma ha un mero valore programmatico e potrebbe anche non essere mai attuata, ma è comunque importante segnalare le indicazioni che dalla stessa emergono. Sembra che al regolamento spetti la definizione dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, ossia la determinazione degli elementi costitutivi delle singole fattispecie: se così fosse, considerato il tipo di fonte caratterizzata dalla diretta applicabilità negli ordinamenti nazionali, l'art. 86 prefigurerebbe, come ha ben evidenziato Carlo Sotis, una «competenza penale quasi-diretta» dell'Unione.

Il *target* della disciplina è chiaramente ispirato al *Corpus juris per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee* in relazione sia all'oggetto della disciplina (la tutela degli interessi finanziari), sia alla

previsione di disposizioni processuali relative alla costituzione di una Procura europea con poteri di indagine e di rinvio a giudizio dinanzi ai giudici nazionali, poteri che vanno ben al di là delle funzioni di collaborazione oggi attribuite ad *Eurojust* e che si inseriscono piuttosto nella prospettiva di unificazione del diritto penale alla quale era orientato il progetto di *Corpus juris*.

Lasciando da parte ogni considerazione in relazione al Pubblico ministero europeo, mi siano consentite alcune considerazioni in ordine all'ambito dei reati che spetterebbe al regolamento individuare. Tali reati non possono essere limitati alle sole fattispecie più direttamente aggressive degli interessi finanziari dell'Unione Europea, come i delitti di frode al bilancio comunitario sia in materia di spesa (truffe e malversazioni e fattispecie assimilate tanto per intenderci) e in materia di entrate (frodi fiscali). Come hanno ben evidenziato i redattori del *Corpus iuris*, il pregiudizio agli interessi comunitari può provenire da fattispecie contigue al fenomeno frodatario in senso stretto, tanto che il progetto estende correttamente la tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee ai reati di riciclaggio e ricettazione, associazione per delinquere, corruzione, malversazione, abuso d'ufficio, rivelazione di segreti d'ufficio, a condizione che tali fatti costituiscano una «*lesione degli interessi finanziari delle Comunità europee*». La lesione di tali interessi costituisce in quel progetto la *condizione di legittimazione del processo di unificazione del diritto penale* e di attribuzione della competenza al Pubblico ministero europeo.

Il progetto di unificazione del diritto penale, anche solo in relazione alla tutela degli interessi penali dell'Unione europea, imporrà di sciogliere nodi importanti sulle scelte di incriminazione, come aveva ben evidenziato la discussione sul progetto di *Corpus iuris*. Ad es. l'art. 1 del progetto prevedeva la punizione della frode agli interessi finanziari delle Comunità europee anche in forma colposa (pur con il limite della colpa grave), che solo apparentemente costituisce un ossimoro, in quanto nel progetto la frode è tipizzata come reato a consumazione anticipata consistente nella presentazione all'autorità competente di dichiarazioni incomplete o inesatte, rispetto alle quali è indubbiamente possibile configurare una condotta colposa: ma davvero le scelte in incriminazione potrebbero trovare un minimo comune denominatore così ampio? Altro esempio: l'art. 4 incrimina la partecipazione ad una associazione per delinquere che lede gli interessi finanziari delle Comunità europee, definendo come associazione «il fatto che tre o più persone si associano, predisponendo un'organizzazione stabile ed adeguata, al fine di realizzare più reati» tra quelli previsti dallo stesso progetto. Come si concilia questa definizione ristretta di associazione con il modello anglosassone della *conspiracy*? Siamo ancora lontani dalla costituzione di una Procura europea e dalla individuazione dei reati di sua competenza, perché è solo prevista la possibilità di istituirla tramite regolamenti; lo stesso art. 86 TFUE sembra scontare nuovamente le possibili resistenze nazionali alla centralizzazione delle indagini, tanto da richiedere l'unanimità del Consiglio per l'adozione dei relativi regolamenti, con la previsione di una forma di cooperazione rafforzata qualora almeno nove Stati siano d'accordo sul progetto di regolamento. L'art. 86 rappresenta, tuttavia, una norma fondamentale nella direzione del rafforzamento della politica criminale dell'Unione: in materia penale, dalla politica intergovernativa delle decisioni-quadro si è passati alle direttive per giungere a legittimare il regolamento, ossia la fonte che presenta da sempre la maggior forza di penetrazione nei sistemi nazionali. Questo dato non solo segnala una sempre maggiore localizzazione a livello di Unione europea delle scelte di politica criminale rispetto alla tutela di interessi essenziali per la vita stessa dell'Unione, ma può essere letto nella direzione del riconoscimento di una competenza penale diretta dell'Unione che potrebbe trovare nell'art. 86 una base giuridica molto più solida di quella rappresentata dal precedente art. 280 TUE; tra l'altro, questo articolo escludeva espressamente dalle misure volte ad assicurare tra gli Stati membri una ef-

ficace ed equivalente protezione degli interessi finanziari comunitari le disposizioni sulla «applicazione del diritto penale» ed una preclusione analoga non è presente nel nuovo trattato. Non mi nascondo, tuttavia, le obiezioni che possono essere rivolte a questa lettura dell'art. 86 che, analogamente al previgente art. 280 TUE, offre una base troppo poco solida per fondare una competenza penale diretta in capo all'Unione europea in assenza di una espressa e precisa presa di posizione in sede di revisione del Trattato.

A mio avviso, però, vi sono buone ragioni per rinvenire nell'art. 86 quantomeno un progetto di avvio per fondare una competenza diretta dell'Unione in materia penale, pur limitata allo specifico ambito di tutela degli interessi finanziari: la combinazione di disposizioni sostanziali e processuali costituisce una sorta di norma fondativa di una embrionale e settorializzata unificazione del diritto penale, che potrebbe essere destinata imprevedibilmente ad espandersi, ben al di là del settore della tutela degli interessi finanziari, attraverso il paragrafo 4 dell'art. 86 che consente al Consiglio di adottare una decisione per estendere le attribuzioni della Procura europea «alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale».

4. Quali sviluppi?

Lo sviluppo della giurisprudenza della Corte di giustizia e le nuove disposizioni dei Trattati dell'Unione europea si collocano all'interno di una unitaria linea di progressivo rafforzamento della politica criminale europea nella consapevolezza che la tutela di interessi fondamentali dell'Unione, siano essi di natura istituzionale o transnazionale, richiede politiche comuni di intervento, per le quali già la prospettiva geopolitica dell'Unione europea appare sin troppo ristretta. È da attendersi che questa dislocazione a livello europeo delle scelte politiche sulle strategie di tutela, anche penali, abbia nei prossimi anni un impatto significativo sulle legislazioni penali interne: le scelte fatte a livello di Unione europea tramite direttive si tradurranno, comunque, in obblighi comunitari di criminalizzazione e, per effetto dei parametri interposti degli artt. 11 e 117 Cost., in obblighi costituzionali di tutela penale (si veda a riguardo la fondamentale sentenza Corte cost. n. 227/2010); se poi ai regolamenti emanati in forza dell'art. 86 si riconoscerà la capacità di dettare norme penali, allora sarà sempre più debole l'argomento contrario ad ammettere una competenza diretta dell'Unione europea in materia penale: «da sogno impossibile ad utopia necessaria» (Paliero), il diritto penale europeo sembra rafforzare progressivamente la propria base giuridica, sebbene siano stati preconstituiti meccanismi che consentono agli Stati di far ancora prevalere il proprio localismo penale nazionale. Il rafforzamento degli strumenti di armonizzazione delle legislazioni penali nazionali va dunque a piccoli passi, ma nell'unica direzione della europeizzazione. Le logiche di armonizzazione e unificazione sono in rapporto biunivoco con il progressivo consolidamento della base democratica della legalità dell'Unione europea attraverso il ruolo del Parlamento europeo nella procedura di codecisione, pre Lisbona, e nella nuova procedura legislativa ordinaria, post Lisbona. Questo costituisce un punto essenziale per la futura politica criminale dell'Unione europea, per evitare che l'elusione delle garanzie della legalità penale, patrimonio dell'art. 25 Cost., dell'art. 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle tradizioni costituzionali degli Stati membri.

La velocità del processo di armonizzazione dei diritti penali nazionali rimane, però, strettamente connessa allo sviluppo dell'integrazione politica a livello comunitario capace di superare le resistenze nazionali ancora presenti, come evidenzia la soluzione compromissoria della clausola di salvaguardia. Sarebbe, pertanto, un mero *diritto penale tecnocratico* – per usare ancora una espressione di Carlo Enrico Pa-

liero – quello che pretendesse di fondarsi forzatamente solo su base comunitaria, trascurando lo stretto rapporto intercorrente tra integrazione politica comunitaria, consenso sociale e costruzione di un *acquis* penale. Lo sviluppo di un diritto penale dell'Unione europea è tuttavia condizionato da altri due fattori.

Innanzitutto costituisce presupposto indispensabile il *ravvicinamento culturale* degli stessi diritti penali nazionali. Alcuni principi generali di garanzia, che affondano le loro radici nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri, hanno già assunto, attraverso le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, il valore costitutivo di principi fondamentali del modello punitivo europeo e di qui sono traghettati anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia per trovare infine espresso riconoscimento nell'attuale art. 6 TUE. Ma è in relazione alle scelte di incriminazione (scelte di parte speciale ed anche di parte generale) che le norme nazionali mostrano differenti livelli di permeabilità in relazione agli interessi da tutelare. Rispetto ad alcuni interessi, le profonde divergenze di disciplina riscontrabili nei diversi Paesi sembrano riproporre su scala intraeuropea quello scontro di civiltà di cui oggi tanto si discute: temi come aborto, eutanasia, stupefacenti, maternità assistita presentano regolamentazioni, anche penali, divergenti negli Stati dell'Unione e la loro armonizzazione trova la resistenza dei differenti modelli culturali che ispirano le logiche delle diverse discipline; di qui una minore tensione ad avviare un processo di armonizzazione condiviso ispirato al principio di laicità. Rispetto ad altri interessi, invece, le esigenze di armonizzazione non trovano ostacoli di ordine culturale, in quanto si fondano sulla stessa ragion d'essere dell'ordinamento comunitario: mi riferisco non solo agli *interessi propriamente istituzionali* (interessi finanziari della comunità europea; interesse al buon andamento della amministrazione comunitaria), ma anche agli *interessi a dimensione transnazionale* (criminalità organizzata, immigrazione, stupefacenti, terrorismo, ambiente non sono che alcuni settori la cui dimensione criminale travalica oramai i confini della vecchia Europa). Non a caso è proprio sulla tutela di queste due tipologie di interessi che si è fatta sentire in modo più forte l'esigenza di pervenire a soluzioni ampiamente condivise attraverso l'armonizzazione degli ordinamenti nazionali tramite direttive, decisioni-quadro, convenzioni, sino a proporre una vera e propria unificazione di alcuni settori del sistema penale come testimoniano gli ambiziosi progetti del *Corpus juris* per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e degli *Europa-Delikte* in materia di diritto penale dell'economia (sul progetto *Europa-Delikte*, v. AA.VV., *Wirtschaftsstrafrecht un der Europäischen Union*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2002). Anche in tali settori, tuttavia, la strada della europeizzazione non è affatto semplice come dimostra un settore, come quello della corruzione, sul quale dovrebbe essere pacifica l'esigenza di armonizzazione: ad esempio, a differenza di altri ordinamenti, l'Italia non prevede una fattispecie generale di corruzione nel settore privato ed è stata criticata dal Consiglio d'Europa per la previsione della concussione per induzione, considerata una sorta di scusante a beneficio del corruttore. In secondo luogo, diventa fondamentale il *ravvicinamento dei linguaggi del diritto penale*, in quanto le difficoltà di interpretazione, che già emergono a livello interno, producono in ambito europeo una vara e propria Babele dei linguaggi, che rischia di minare l'unità del diritto penale, anche quando la stessa sembra essere stata – almeno formalmente – raggiunta. La formazione di una cultura giuridica europea costituisce la base necessaria per la costruzione di un diritto penale europeo. Oggi mi sembra che l'illusione della unificazione del diritto penale sia meno utopica di un tempo: ma l'utopia, anche se dovesse rimanere tale, dovrebbe essere sempre coltivata per il valore culturale che essa esprime. D'altra parte non sarebbe apparso utopico solo una ventina di anni fa predire gli attuali sviluppi della giurisprudenza della Corte di giustizia sui rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nazionale?