

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.), Giorgio Semino (GG.SM.), Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Pittaluga 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

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 Mozzati, Francesca Paderno (F.P.), Gerolamo Francesco Taccogna, Lara Trucco (L.T.)

sezione di diritto costituzionale regionale:

Francesca Bailo (F.B.), Pasquale Costanzo, Chiara Fatta (C.F.), 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:** Francesca Maberino (F.MA.); **Imperia:** Maurizio Temesio (M.T.); **La Spezia:** Virginio Angelini, Luigi Pace (LU.PC.); **Massa Carrara:** 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, Francesca Bartolini (F.BART.), Alessio Basso (AL.BSS.), Massimo Benoit Torsegno (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV.), Marzio Bini (MA.BN.), Elisa Bondi (E.BND.), Antonio Bisignani, Emanuela Boglione, Costanza Bracciforti (C.BC.), Elisa Brigandi (EL.BR.), Cesare Bruzzone (C.BRU.), Virginia Busi (VG.B.), Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Chiara Capodieci, 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.), Francesca Dagnino (F.DA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dasio, Daniela Degiovanni (DA.DE.), Raffaella Demaria (R.D.), Ettore Ditta, Paolo Donadoni, Carlo Fava,

Wanda Finelli (W.F.), Francesca Florino, Cesare Fossati, Elizabeth Frizione (EL.FRX.), Serafina Funaro (SE.F.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Stefano Garbarino (S.GARB.), Franco Augusto Gastaldo (F.A.G.), Paola Gatti (PA.GAT.), Elisa Gervasio (E.G.), Maristella Ghezzi (M.GHE.), Chiara Gianelli (C.GIA.), 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.), Carola Maccà (CA.MCC.), Fiammetta Malagoli (F.MLG.), Alessandro Mauceri (AL.M.), 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.), Priscilla Mignemi (P.MGN.), Federico Montaldo, Raffaele Nicolini (RAF.NIC.), Diego Nucifora (D.NCF.), Silvia Olcese (SI.OL.), Caterina Oliva, Nicola Orecchia, Giorgia Orsi, Carlo Pasero (C.PA.), Pier Luigi Luciano Pesce, Nicolò Pescetto (N.P.), Stefania Polidoru (STE.POL.), Stefania Piano, Giovanni Porcile, Andrea Rava (A.RAV.), Federico Repetti (FR.PRT.), 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.SM.N.), Andrea Sergio, Michele Sivardo (M.SIV.), Laura Sommazzi, 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 Zanoli (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 Busoli (MO.BS.), Marco Castagnola (M.C.), Aurelio Domenico Masuelli, Maria Paola Pessagno, Luca Saguato, Alessandro Salustri, Jenny Verduci (J.V.)

sezione di diritto costituzionale regionale:

Francesca Bailo (F.B.), Pasquale Costanzo, Chiara Fatta (C.F.), Veronica Gaffuri, Giuseppe Inglese, Barbara Lelli (B.L.), Francesca Paderno (F.P.), Lara Trucco (L.T.)

sezione di diritto tributario:

Piero Biglia di Saronno, Andrea Giolo (AN.GI.), Agnese Querci (A.Q.), Roberta Pera (R.P.)

sezione di diritto penale:

Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BRZ.), Nadia Calafato (N.CLT.), Michele Ciravegna (M.CIR.), Luca Aldo Forlani, Marco Gerunzi, Giovanni Battista Gramatica di Bellagio, Simone Gramatica di Bellagio, Vincenzo Lagomarsino (V.L.), Giulia Liberti (GI.LI.), 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.), Fiammetta Sciamanda (FI.SC.), Cristina Senes (CR.SEN.), Chantal Torrigino (CH.T.), Giorgia Vaccari (G.V.)

Direttore responsabile:

Fabrizio De Ferrari

Sede della Redazione:*Scuola Tipografica Sorriso Francescano S.r.l., via Riboli, 20 - 16145 Genova - Tel. 010 311624 - Fax 010 3622813
editorialetipografica@editorialetipografica.com***In copertina:** Giovanni Andrea De Ferrari (Genova 1598? - ivi 1669), "La Giustizia", Genova, Palazzo di Giustizia.

© Scuola Tipografica Sorriso Francescano S.r.l.

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



Corso Buenos Aires 95 r - 16129 Genova
telefono e fax 010-3629239
e-mail : marcomazza.mm@libero.it

Indice

SEZIONE DI DIRITTO CIVILE

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate integralmente

Banca credito e risparmio
Circolazione stradale
Contratto in genere
Fallimento
Procedimento civile
Proprietà
Successione ereditaria
Usucapione

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate in massima

Arbitrato e compromesso
Associazione
Comodato (vedi la voce: Usucapione)
Comunione e condominio
Contratti bancari
Contratto in genere
Contratto in genere, atto e negozio giuridico
Danno (risarcimento del)
Donazione (vedi la voce: Usucapione)
Famiglia (regime patrimoniale della)
Mediazione e mediatore
Responsabilità civile (vedi la voce: Comunione e condominio)
Sanità pubblica
Sanzioni amministrative
Sequestro conservativo, giudiziale e convenzionale (vedi la voce: Contratto in genere)
Successione ereditaria
Trasporto (contratto di)
Trasporto marittimo
Usucapione

Note a sentenza

-Giudice di Pace di Chiavari, 1 febbraio 2010, n. 359
Obbligazione solidale dell'ente trattatario con il traente, *Nicola Orecchia*, 7

-Tribunale di Chiavari, 11 maggio 2010, n. 2157
Circolazione stradale: obblighi del pedone ed esclusione della responsabilità del conducente veicoli, *Simonetta Cocconi*, 10

-Corte d'Appello di Genova, sez. III, ord. 23 aprile 2010
Correzione della sentenza passata in giudicato e procura alle liti, *Alessandro Barca*, 20

Nota redazionale

-Corte d'Appello di Genova, sez. II, 27 ottobre 2009, *Francesca Bartolini*, 26

Documenti

-Animali di affezione: risarcibilità del danno c.d. "interspecifico", *Paolo Donadoni*, 35

-Il diritto del sosia sul proprio ritratto, *Alessandro Gazzolo e Tommaso Gazzolo*, 41

-Prima di Pietro Verri. Un "Gesuita Euclideo": la "Cautio Criminalis" di Friedrich von Spee; *Roberto Negro*, 45

Recensioni e segnalazioni

-Amartya Sen. L'idea di giustizia ("The idea of Justice"), *Michele Marchesiello*, 48
-Annuario del contratto 2009, *Alessandro Barca*, 50

SEZIONE FAMIGLIA E MINORI

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate integralmente

Minore

Documenti

-Assegni patrimoniali in occasione della separazione, *Andrea Fusaro*, 61

SEZIONE MEDIAZIONE, CONCILIAZIONE, ARBITRATO

Documenti

-Di cosa parliamo quando parliamo di... mediazione, *David Cerri*, 64

-La competitività dello strumento arbitrale: i tempi e i costi dell'arbitrato, *Tommaso Galletto*, 67

-Ulteriori osservazioni sulla mediazione civile obbligatoria, *Gualtiero Timossi*, 69

SEZIONE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate integralmente

Corte dei conti
Giurisdizione amministrativa

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate in massima

Avvocato
Contratti pubblici
Demanio marittimo
Edilizia e urbanistica
Enti locali
Istruzione pubblica

Note a sentenza

-Corte dei conti, sez. giurisdizionale per la Liguria, 1 dicembre 2009, n. 515

Il giudizio contabile: una caso di responsabilità erariale nascente da infortunio sul lavoro, *Daniele Ferrari*, 71

-T.A.R. Liguria, sez. I, 6 febbraio 2010, n. 300

Il giudicato amministrativo ed i suoi limiti oggettivi e soggettivi al vaglio del T.A.R. Liguria, *Francesca Paderno*, 75

SEZIONE DI DIRITTO COSTITUZIONALE REGIONALE

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate integralmente

Enti locali
Lavoro
Straniero

Note a sentenza

-Tribunale di Genova, sez. lav., ord. 21 gennaio 2010, n. 113

Stranieri e pubblico impiego in una decisione del Tribunale di Genova, *Giovanna Cuzzola*, 87

-Corte Costituzionale, 28 gennaio 2010, n. 27

La riduzione dei finanziamenti erariali alle Comunità montane e il complesso rapporto Stato-Regioni tra competenza concorrente e competenza residuale, *Francesca Bailo*, 94

-Corte Costituzionale, 15 aprile 2010, n. 134

La regolamentazione dei centri di identificazione ed espulsione spetta alla competenza esclusiva del legislatore statale, *Veronica Gaffuri*, 98

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate in massima

Accertamento
Accertamento induttivo
Accessi, ispezioni e verifiche
Agevolazioni prima casa
Cartella di pagamento

Cessione di azienda

Condono

Dazi doganali

Dichiarazione dei redditi

Ici

Irap (vedi anche la voce: Condono)

Irpef

Iva

Misure cautelari

Notifica

Operazioni oggettivamente inesistenti

Processo tributario

Reddito di impresa

Ricarico applicato (vedi la voce: Accertamento induttivo)

Ricavi (vedi la voce: Accertamento induttivo)

Riscossione (vedi la voce: Tributi locali)

Ritenute Irpef

Sanzioni

Sequestro conservativo

Studi di settore

Tributi locali (vedi anche la voce: Processo tributario)

Documenti

-I trust interni: profili pubblicitari e fiscali, *Piero Biglia di Saromo*, 106

SEZIONE PENALE

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate integralmente

Delitti contro la persona
Reati in materia ambientale

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate in massima

Circostanze del reato (vedi anche la voce: Delitti contro la persona; Delitti contro l'assistenza familiare)

Delitti contro il patrimonio

Delitti contro l'assistenza familiare

Delitti contro la persona

Edilizia

Immigrazione

Imputabilità (vedi anche la voce: Delitti contro la persona)

Previdenza

Reati stradali

Nota redazionale

-Tribunale di Genova, 23 giugno 2009, n. 787, 119

Documenti

-L'efficacia delle sentenze delle Corti europee nell'ordinamento penale italiano, *Emanuele Lamberti e Alessandro Torri*, 123

SEZIONE DI DIRITTO CIVILE

SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE

(ordine cronologico)

Corte d'Appello di Genova

-sez. II, 27 ottobre 2009, voce Proprietà, voce Usucapione, 21

-sez. I, 12 aprile 2010, n. 432, voce Procedimento civile, 18

-sez. III, ord. 23 aprile 2010, voce Procedimento civile, 19

Tribunale di Genova

-sez. I, 27 aprile 2010, n. 1728, voce Contratto in genere, 12

-11 maggio 2010, n. 2157, voce Circolazione stradale, 10

-27 maggio 2010, n. 2148, voce Fallimento, 15

Tribunale di Tortona

-7 maggio 2010, voce Successione ereditaria, 26

Giudice di Pace di Chiavari

-1 febbraio 2010, n. 359, voce Banca credito e risparmio, 5

SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE IN MASSIMA

(ordine cronologico)

Corte d'Appello di Genova

-sez. I, 16 dicembre 2009, n. 1273, voce Associazione, 30

-sez. I, 23 dicembre 2009, n. 1298, voce Famiglia (regime patrimoniale della), 32

-sez. III, 23 dicembre 2009, n. 1305, voce Successione ereditaria, 33

Tribunale di Albenga

-5 ottobre 2009, voce Danno (risarcimento del), 32

-2 novembre 2009, voce Sanzioni amministrative, 33

Tribunale di Genova

-sez. VI, 20 giugno 2007, n. 2280, voce Contratti bancari, 31

-23 marzo 2009, voce Comunione e condominio, voce Responsabilità civile, 30

-sez. VI, 28 aprile 2009, voce Arbitrato e compromesso, 30

-18 maggio 2009, voce Comunione e condominio, 30, voce Mediazione e mediatore, 33

-25 maggio 2009, voce Comunione e condominio, 30

-21 luglio 2009, voce Comunione e condominio, 31

-sez. I, 10 dicembre 2009, voce Contratto in genere, 31

-sez. I, 27 gennaio 2010, n. 328, voce Trasporto (contratto di), 34

-sez. III, 2 febbraio 2010, voce Comunione e condominio, 31

-sez. I, ord. 19 febbraio 2010, voce Contratto in genere, voce Sequestro conservativo, giudiziale e convenzionale, 32

-sez. I, 24 febbraio 2010, voce Usucapione, voce Donazione, voce Comodato, 34

-sez. I, 24 febbraio 2010, n. 809, voce Trasporto marittimo, 34

-sez. lav., ord. 7 giugno 2010, voce Sanità pubblica, 33

-sez. II, 18 giugno 2010, voce Contratto in genere, Atto e negozio giuridico

SEZIONE FAMIGLIA E MINORI**SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE**

(ordine cronologico)

Corte d'Appello di Genova

-sez. minori civile, 27 maggio 2010, n. 40, voce Minore, 53

Tribunale per i Minorenni di Genova

-8 gennaio 2010, voce Minore, 53

SEZIONE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO**SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE**

(ordine cronologico)

Corte dei Conti

-sez. giurisdizionale per la Liguria, 1 dicembre 2009, n. 515, voce Corte dei conti, 70

T.A.R. Liguria

-sez. I, 6 febbraio 2010, n. 300, voce Giurisdizione amministrativa, 74

SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE IN MASSIMA

(ordine cronologico)

T.A.R. Liguria

-sez. II, 15 aprile 2010, n. 1804, voce Istruzione pubblica, 82

-sez. II, 16 aprile 2010, n. 1817, voce Avvocato, 80

-sez. I, 20 aprile 2010, n. 1829, voce Demanio marittimo, 81

-sez. I, 20 aprile 2010, n. 1834, voce Edilizia e urbanistica, 81

-sez. II, 21 aprile 2010, n. 1929, voce Enti locali, 82

-sez. I, 22 aprile 2010, n. 1933, voce Edilizia e urbanistica, 81

-sez. I, 11 maggio 2010, n. 2518, voce Edilizia e urbanistica, 82

-sez. II, 23 giugno 2010, n. 5252, voce Contratti pubblici, 80

SEZIONE DI DIRITTO COSTITUZIONALE REGIONALE**SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE**

(ordine cronologico)

Corte Costituzionale

-28 gennaio 2010, n. 27, voce Enti locali, 92

-15 aprile 2010, n. 134, voce Straniero, 97

Tribunale di Genova

-sez. lav., ord. 21 gennaio 2010, n. 113, voce Lavoro, 85

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO**SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE IN MASSIMA**

(ordine cronologico)

Commissione Tributaria Regionale di Genova

-sez. IX, 14 gennaio 2010, n. 2, voce Irap, 102

-sez. IX, 14 gennaio 2010, n. 3, voce Accertamento, 101

-sez. IX, 14 gennaio 2010, n. 8, voce Dichiarazione dei redditi, 102

-sez. XII, 18 gennaio 2010, n. 10, voce Accertamento, 101

-sez. VII, 2 febbraio 2010, n. 11, voce Condono, voce Irap, 102

-sez. VII, 2 febbraio 2010, n. 13, voce Irap, 103

-sez. IV, 5 febbraio 2010, n. 20, voce Cessazione di azienda, 102

-sez. IX, 9 febbraio 2010, n. 14, voce Dazi doganali, 102

-sez. XI, 19 febbraio 2010, n. 20, voce Irpef, 103

-sez. XII, 25 febbraio 2010, n. 29, voce Sanzioni, 104

-sez. XIII, 30 giugno 2010, n. 56, voce Accessi, ispezioni e verifiche, 101

Commissione Tributaria Provinciale di Genova

-sez. XII, 12 novembre 2009, n. 24, voce Tributi locali, 105

-sez. XIII, 19 novembre 2009, n. 297, voce Reddito di impresa, 104

-sez. I, 24 febbraio 2010, n. 37, voce Tributi loca-

li, voce Riscossione, 105

-sez. III, 10 marzo 2010, n. 67, voce Studi di settore, 105

-sez. XIII, 10 maggio 2010, n. 115, voce Processo tributario, voce Tributi locali, 104

-sez. V, 20 maggio 2009, n. 147, voce Notifica, 103

-sez. XIV, 1 luglio 2009, n. 99, voce Notifica, 103

-sez. X, 28 gennaio 2010, n. 21, voce Iva, 103

-sez. III, 28 gennaio 2010, n. 28, voce Misure cautelari, 103

-sez. I, 24 febbraio 2010, n. 37, voce Tributi locali, 105

-sez. I, 25 febbraio 2010, n. 38, voce Cartella di pagamento, 101

Commissione Tributaria Provinciale di Savona

-sez. I, 29 gennaio 2010, n. 21, voce Accertamento, voce Ricarico applicato, voce Ricavi, 101

-sez. I, 29 gennaio 2010, n. 13, voce Irap, 103

-sez. I, 29 gennaio 2010, n. 17, voce Operazioni oggettivamente inesistenti, 104

-sez. I, 9 febbraio 2010, n. 33, voce Notifica, 103

-sez. I, 9 febbraio 2010, n. 47, voce Ritenute Irpef, 104

-sez. I, 2 marzo 2010, n. 40, voce Ici, 102

-sez. I, 9 marzo 2010, n. 45, voce Agevolazioni prima casa, 101

-sez. I, 20 aprile 2010, n. 72, voce Sequestro conservativo, 105

SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE

(ordine cronologico)

Corte d'Appello di Genova

-sez. I, 11 febbraio 2010, voce Delitti contro la persona, 114

Tribunale di Genova

-8 marzo 2010, voce Reati in materia ambientale, 115

SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE IN MASSIMA

(ordine cronologico)

Tribunale di Genova

-23 giugno 2009, n. 787, voce Delitti contro la persona, 118, voce Circostanze del reato, 119

-15 ottobre 2009, n. 1091, voce Delitti contro l'assistenza familiare, 121

-28 ottobre 2009, voce Imputabilità, 121

-28 ottobre 2009, n. 1156, voce Reati stradali, 122

-29 ottobre 2009, n. 1165, voce Delitti contro il patrimonio, 118

-12 gennaio 2010, voce Circostanze del reato, 118

-19 gennaio 2010, voce Circostanze del reato, 118

-26 gennaio 2010, voce Delitti contro l'assistenza familiare, 120, voce Circostanze del reato, 121

-12 febbraio 2010, voce Delitti contro la persona, voce Circostanze del reato, voce Imputabilità, 120

-16 febbraio 2010, voce Edilizia, 121

-23 marzo 2010, voce Delitti contro la persona, voce Imputabilità, voce Circostanze del reato, 119

-6 aprile 2010, voce Immigrazione, 121

-9 giugno 2010, voce Delitti contro il patrimonio, 118

-15 giugno 2010, voce Previdenza, 122

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

Giudice di Pace di Chiavari, 1 febbraio 2010, n. 359 - Giudice Minniti - R.O. (Avv.ti Delucchi Baroni e Rezzano) c. A.F. (contumace) e c. Poste Italiane S.p.A. (Avv. Mandarinò).

BANCA credito e risparmio - emissione di assegno in difetto di provvista - obbligazione solidale dell'ente trattario con il traente - configurabilità - disciplina applicabile.

(L. 15 dicembre 1990 n. 386, art. 10)

BANCA credito e risparmio - emissione di assegno in difetto di provvista - sanzione - risarcimento danni - criteri.

(Art. 96 c.p.c.)

L'istituto di credito, trattario di un assegno emesso in difetto di provvista, è solidalmente obbligato con il traente al pagamento di tutti gli assegni emessi successivamente al primo, qualora non abbia provveduto agli obblighi imposti per impedire la reiterazione dell'illecito e, in particolare, all'obbligo di iscrizione del nominativo del traente nell'archivio previsto dall'art. 10 bis della legge n. 386 del 1990, così come modificata dal D. Lgs. n. 507 del 1999 ("Archivio degli assegni bancari e postali e delle carte di pagamento irregolari"). (1)

L'istituto di credito va condannato al risarcimento del danno ex art. 96 c.p.c. qualora abbia resistito in giudizio con carenza dell'ordinaria diligenza volta all'acquisizione della coscienza dell'irrelevanza delle proprie argomentazioni stante l'inidoneità delle prove offerte a sostegno delle stesse. E tale dovere di diligenza acquista una portata più incisiva se si tiene in considerazione la funzione pubblicistica che è chiamato a svolgere al fine di garantire e tutelare la sicurezza e la fiducia degli utenti finali nella circolazione degli assegni. (2)

(... Omissis...)

Svolgimento del processo e motivi della decisione

Con atto di citazione ritualmente notificato il Sig. R.O. conveniva avanti questo giudice il Sig. F.A. e la Poste Italiane S.p.A., per ottenere, accertato il diritto di credito vantato dal Sig. R.O. nei confronti del convenuto A.F., la condanna di Poste Italiane S.p.A. al pagamento dell'assegno della somma di Euro 1.500,00 in favore dell'attore ai sensi dell'art. 10 della legge 15.12.1990 n. 386.

In particolare esponeva:

che in data 04.05.2007 il Sig. A.F. emetteva a Chiavari in favore del Sig. R.O. assegno n. 5479536251-07 Poste Italiane S.p.A. di importo pari ad Euro 1.500,00 quale corrispettivo per la compravendita di beni mobili;

che detto assegno presentato in pari data all'incasso presso un istituto bancario veniva protestato per difetto di provvista in data 18.05.2007;

che in data antecedente all'emissione del suddetto assegno al Sig. A.F. venivano protestati due assegni per difetto di provvista: assegno n. 5479373812 emesso il 20.03.2007 e protestato il 04.04.2007 e assegno n. 5327279864 emesso il 22.12.2006 e protestato il 08.01.2007;

che a fronte di tali fatti Poste Italiane S.p.A. in qualità di trattario degli assegni, non aveva provveduto ad iscrivere il nominativo del Sig. A.F. nell'archivio previsto dall'art. 10 bis della legge n. 386/90 così come modificata dal D. Lgs. n. 507 del 1999.

che pertanto ai sensi dell'art. 10 della sopra menzionata legge Poste Italiane S.p.A. era obbligata in solido con il Sig. A.F. a pagare l'assegno intestato a parte attrice.

Su tali basi chiedeva dichiararsi la convenuta solidalmente obbligata a pagare all'attore quanto dovuto dal Sig. A.F. Incardinatasi la lite, si costituiva solo Poste Italiane S.p.A. (il Sig. A.F. rimaneva contumace) che eccepiva in via preliminare l'intervenuta prescrizione dell'azione ai sensi dell'art. 75 Legge assegni e l'inammissibilità della domanda promossa da Poste Italiane, avente *petitum* e *causa petendi* diversi, contestando, infine, nel merito, *in toto* la fondatezza delle domande attoree.

Disattese le eccezioni preliminari sollevate dalla convenuta, svolta la fase istruttoria secondo le richieste avanzate dalle parti nei limiti in cui venivano ritenute ammissibili e rilevanti, il giudice rinviava all'udienza del 08.10.2009 per precisazione delle conclusioni previo deposito di eventuali memorie conclusionali.

Preliminarmente va disattesa l'eccezione di prescrizione sollevata dalla convenuta sul presupposto che ai sensi dell'art. 75 L. assegni le azioni di regresso si prescrivono in mesi sei dalla presentazione del titolo, avvenuta nel caso di specie il 04.05.2007 e, quindi, ben otto mesi prima dall'azione spiegata dall'attore nei confronti di Poste Italiane (con atto di citazione notificato il 11.01.08).

In realtà dai documenti prodotti da parte attrice emerge che l'invocata prescrizione è stata interrotta in data 27.09.07 a seguito del sollecito di pagamento effettuato a mezzo di lettera-raccomandata A/R n. 130801238460 dal Sig. R.O. nei confronti di Poste Italiane.

In ogni caso l'attore ha agito in forza della legge n. 386/90 così come modificata dal Decreto Legislativo n. 507/99, legge successiva e speciale al R.D. 21.12.1933 n. 1736 (Legge assegni) in quanto istitutiva dell'Archivio CAI (Centrale Allarme Interbancaria) con chiare finalità di tutela preventiva della collettività nell'ambito degli scambi e dei pagamenti commerciali.

La disciplina di cui al R.D. n. 1736 del 1933, integrata dalle nuove norme, rimane comunque, operativa per tutto quanto in essa contenuto anche per la facoltà di esercitare regresso contro i giranti e gli altri obbligati (tra cui Poste Italiane ex art. 10 legge 386 del 1990 così come modificato dal D. Lgs. 507 del 1999).

Ne consegue che non ha alcun pregio il rilievo dell'inammissibilità dell'azione promossa contro Poste Italiane.

Sul punto si osserva che la responsabilità del trattario (Poste Italiane) trova fondamento nell'art. 10 della legge n. 386/90, così come modificato dal D. Lgs. 507/99, per il quale: "il trattario che omette o ritarda l'iscrizione nell'archivio di cui all'art. 10 bis, ovvero che autorizza il rilascio di moduli i assegni in favore di persona il cui nominativo risulta iscritto nell'archivio, è obbligato in solido con il traente a pagare gli

assegni emessi dallo stesso traente nel periodo in cui avrebbe dovuto operare la revoca, anche se manca o è insufficiente la provvista, nel limite di lire ventimilioni per ogni assegno”

La responsabilità del trattario (nel caso di specie Poste Italiane) quindi, per disposizione di legge, non risulta oggettivamente collegata sul piano obbligatorio con il portatore del titolo.

Si tratta di una responsabilità per il fatto del traente (che ha emesso assegni nel periodo in cui avrebbe dovuto operare la revoca) reso possibile dal comportamento dello stesso trattario.

Invero tale sanzione costituisce una forma di coazione diretta ad assicurare il corretto funzionamento dell'Archivio a beneficio della generalità dei consociati.

In definitiva all'esecuzione della prestazione debbono partecipare necessariamente entrambi (traente e trattario) per disposizione di legge con la conseguenza che il portatore del titolo, sulla base dei principi generali che disciplinano le obbligazioni solidali passive, potrà rivalersi indifferentemente per l'intero nei confronti di ciascun debitore.

Si osserva che la solidarietà non può ritenersi esclusa dal fatto che i singoli debitori siano tenuti a pagare ciascuno con modalità e tempi diversi, in quanto sebbene il titolo, cioè la fonte dell'obbligazione di regola è unico, una pluralità di titoli non osta alla solidarietà quando quest'ultima è prevista specificamente dalla legge, stante lo stretto rapporto di interdipendenza funzionale che lega le due posizioni debitorie nella realizzazione dell'interesse pubblico al regolare funzionamento dei sistemi di pagamento con assegni.

Pertanto, il diritto del portatore del titolo al pagamento dell'assegno da parte del trattario consegue *ipso jure*, senza alcun margine di valutazione da parte del giudice sui pregiudizi eventualmente determinati dalla violazione delle disposizioni relative all'iscrizione dei soggetti protestati nell'Archivio C.A.I.

In altre parole non c'è spazio nel giudizio, per ulteriori indagini di fatto, una volta accertata l'oggettiva violazione delle norme sopra richiamate.

Passando a considerare il merito della presente controversia, la disamina della fattispecie induce ad una rivisitazione delle vigenti disposizioni giuridiche entro le quali essa va ricondotta e, alla luce di queste, valutare la fondatezza della pretesa avanzata dall'attore.

In particolare, la legge n. 386 del 1990 “nuova disciplina sanzionatoria degli assegni bancari e postali” così come modificata dal D. Lgs. n. 507 del 1999 trasformando i reati di emissione di assegni senza provvista in illeciti amministrativi, ha modificato in più parti la disciplina di cui al R.D. n. 1736/33 e ha introdotto l'istituzione dell'archivio CAI (Centrale Allarme Interbancaria) poi entrata in vigore il 04.06.02. Oggi l'emissione di un assegno privo di provvista comporta un doppio sistema sanzionatorio: 1) la “revoca di sistema” di competenza dell'istituto di credito trattario che, mediante l'iscrizione nell'archivio “C.A.I.”, comporta l'interdizione per mesi sei di tutte le autorizzazioni ad emettere assegni; 2) sanzioni amministrative pecuniarie che devono essere irrogate dal Prefetto del luogo di pagamento dell'assegno.

Strumentale al funzionamento della revoca è la creazione dell'archivio informatizzato “C.A.I.” in cui, ex art. 10 bis, devono essere inseriti tra l'altro le generalità dei traenti degli assegni bancari o postali emessi senza provvista; gli assegni emessi senza provvista e quelli non restituiti alle banche a seguito della revoca dell'autorizzazione; le sanzioni amministrative pecuniarie accessorie applicate per l'emissione di

assegni bancari e postali senza autorizzazione o senza provvista.

I dati censiti sono custoditi in sei autonomi segmenti dell'archivio, secondo quanto disposto dal regolamento della Banca d'Italia del 29.01.2002: 1) segmento CAPRI (Centrale allarme procedura impagati): in cui sono censiti i dati nominativi cui sono state disposte le revoche delle autorizzazioni a emettere assegni conseguenti a precedenti emissioni di assegno senza autorizzazione o senza provvista); 2) segmento PASS destinato a ricevere i dati degli assegni bancari e postali sottratti, smarriti, non restituiti dal correntista revocato ovvero bloccati per altri motivi; segmento CARTER (Carte revocate); segmento PROCAR (Procedura carte); segmento ASA (Assegni sanzioni amministrative): in cui sono raccolti i dati relativi alle sanzioni amministrative comminate dagli Uffici territoriali del Governo (Prefetture); segmento ASP (Assegni sanzioni penali).

Orbene, le banche e gli uffici postali sono tenuti ad alimentare i segmenti CAPRI e PASS, mentre i Prefetti sono tenuti a trasmettere i dati relativi alle sanzioni amministrative da essi comminate al segmento ASA.

Pertanto, quando viene emesso un assegno senza provvista, sia l'ente trattario sia la Prefettura devono intervenire, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze.

In particolare il trattario deve prima avvertire il pubblico ufficiale che provvede a levare il protesto, poi, prima di iscrivere il traente nell'archivio C.A.I., deve inviare a quest'ultimo il “preavviso di revoca”. Con detto preavviso il trattario comunica al traente entro 10 giorni dalla presentazione dell'assegno, senza che abbia provveduto ad effettuare il pagamento, inserirà il suo nominativo nell'Archivio.

Nella comunicazione il traente è invitato anche a restituire alla scadenza di tale termine tutti i moduli di assegno in suo possesso.

L'iscrizione in Archivio non potrà avvenire se non dopo 10 giorni dalla data del ricevimento del suddetto preavviso.

Se il traente non effettua il pagamento nei 60 giorni successivi al preavviso consegue che il trattario deve iscrivere il nominativo del traente nell'archivio CAI, segmento CAPRI e il Pubblico Ufficiale che ha levato il protesto deve trasmettere il rapporto di accertamento della violazione al Prefetto territorialmente competente che provvederà all'applicazione delle dovute sanzioni amministrative secondo il tipico procedimento della legge 689/81.

Se il traente effettua il pagamento nel termine di 60 giorni, invece, non si applicano le sanzioni amministrative e il trattario non procede all'iscrizione nel CAI.

6. Ebbene per verificare la liceità dell'operato della convenuta, alla luce delle disposizioni di legge sopra richiamate, occorre accertare se la stessa abbia adempiuto o meno agli obblighi che in forza delle suddette norme gli competevano. Sul punto si osserva che in relazione all'assegno n. 5327279864, emesso dal Sig. A.F. a S. Vittoria D'Alba il 22.12.2006 e protestato per difetto di provvista il 08.01.2007, Poste Italiane ha dichiarato di non aver adempiuto all'obbligo di iscrivere il nominativo del traente nel segmento CAPRI dell'archivio CAI perché la stessa aveva provveduto ad inviare il preavviso di revoca, di cui all'art. 9 bis legge n. 386/90, al Sig. A.F. (traente) a seguito del quale quest'ultimo si era determinato ad effettuare il pagamento tardivo con conseguente arresto della procedura di iscrizione nell'Archivio.

In realtà di tali circostanze non è stata fornita alcuna valida prova, atteso che i documenti e le quietanze prodotti dalla

convenuta risultano privi delle sottoscrizioni sia del traente che del beneficiario, il che è abbastanza singolare soprattutto alla luce della circostanza che ai sensi degli art. 8 e 9 legge 386/90 la prova dell'avvenuto pagamento deve essere fornita dal traente allo stabilimento trattario mediante quietanza del portatore con firma autenticata. Né sugli stessi è possibile ravvisare la sussistenza di attestazioni della data in cui è avvenuto l'asserti pagamento tardivo.

Inoltre si evidenzia che se fosse stata effettuata l'iscrizione nell'Archivio dell'assegno n. 5327279864, emesso a S. Vittoria D'Alba il 22.12.06 con termine per il pagamento al 08.01.2007, nel rispetto dei termini di legge (quindi dopo il preavviso e il compimento di tutti i termini di notifica annessi) l'iscrizione sarebbe stata ancora in corso al 04.05.07, data in cui è stato emesso l'assegno n. 5479536251-07 in favore dell'attore, dal momento che il termine di sei mesi dell'iscrizione nell'Archivio CAI sarebbe cominciato a decorrere all'incirca dal 18.03.2007 con termine sino a fine settembre 2007, con conseguente operatività di tutte le misure inibitorie previste dalla legge nei confronti del Sig. A.F. A ciò si aggiunga che la Prefettura di Lucca, competente a curare la fase delle sanzioni accessorie relativamente all'assegno n. 5327279864 emesso dal Sig. A.F. in difetto di provvista, ha contestato a quest'ultimo la violazione dell'emissione di assegno senza provvista con il provvedimento n. 002794220070829 datato 29.08.2008.

7. Dalle considerazioni che precedono consegue che risulta accertato il diritto di credito vantato dal Sig. R.O. nei confronti del sig. A.F. e che deve essere affermata ai sensi dell'art. 10 legge n. 386 del 1990, così come modificata dal D. Lgs. n. 507 del 1999, la responsabilità solidale di Poste Italiane S.p.A. al pagamento dell'assegno n. 5479536251-07 emesso dal Sig. A.F. nei confronti del Sig. R.O., con conseguente condanna di Poste Italiane al pagamento in favore di parte attrice dell'importo di Euro 1.500,00.

Su tale somma vanno riconosciuti gli interessi al tasso legale con decorrenza dal 27.09.07 (data di messa in mora) all'effettivo soddisfo.

Non viene riconosciuta anche la rivalutazione monetaria richiesta dall'attore.

Per i debiti di valuta, infatti, qual è quello in esame, non spettano congiuntamente, per lo steso periodo di tempo, gli interessi legali e la rivalutazione monetaria, coprendo gli interessi legali l'intera area del danno risarcibile.

Peraltro, l'attore non ha provato, neppure mediante presunzioni, di aver subito un danno maggiore, ex art. 1224 c.c. per cui la domanda di rivalutazione monetaria va rigettata.

8. In ordine al risarcimento del danno ex art. 96 c.p.c. chiesto da parte attrice, questo giudice ritiene di dover accogliere la relativa istanza, dal momento che la convenuta ha resistito in giudizio con carenza dell'ordinaria diligenza volta all'acquisizione della coscienza dell'irrelevanza delle proprie argomentazioni stante l'inidoneità delle prove offerte a sostegno delle stesse. E tale dovere di diligenza acquista una portata più incisiva se si tiene in considerazione la circostanza che Poste Italiane partecipa con le funzioni di notifica o di iscrizione all'Archivio Cai alla realizzazione di finalità di natura pubblicitaria.

Riguardo alla quantificazione del danno, la stessa può essere equitativamente determinata ex art. 96, comma 3 c.p.c. e, pertanto, considerata l'entità della somma per cui è causa, si ritiene equo liquidare a tale titolo in favore dell'attore un importo di Euro 500,00.

Rientrando, poi, la domanda di responsabilità aggravata nel

più ampio genere della domanda risarcitorie ex art. 2043, secondo le regole generali in materia di illecito extracontrattuale su detta ultima somma è dovuta la rivalutazione monetaria dal 27.09.07 e così il danno va liquidato definitivamente in Euro 519,11, oltre interessi al tasso legale dalla data della presente sentenza al reale soddisfo.

9. Infine, non merita accoglimento la domanda di liquidazione della penale, prevista dall'art. 3 legge n. 386/90 a carico dell'emittente/traente in favore del portatore del titolo, spiegata in questa sede nei confronti di Poste Italiane, atteso che lo scopo di tale clausola è quello di rafforzare la posizione del creditore con la previsione di una sorta di sanzione economica per la mancata osservanza di un comportamento dovuto dal debitore. Pertanto risultando strettamente connessa al contesto obbligatorio-contrattuale soggettivo in cui sorge detta clausola non può trasferirsi, per semplice iniziativa di una delle parti, ad un soggetto terzo estraneo a detto rapporto.

Per gli stessi motivi non può trovare accoglimento la domanda di rimborso delle spese di protesto avanzata dall'attore nei confronti di Poste Italiane S.p.A.

10. Atteso l'esito del giudizio, la convenuta è condannata al pagamento delle spese di lite che si liquidano in Euro 1.969,00 (di cui Euro 960,00 per onorari, Euro 900,00 per diritti, Euro 109,00 per spese) oltre accessori di legge, e rimborso spese generali 12,5%.

P.Q.M.

Il Giudice di Pace di Chiavari, definitivamente pronunciando sulla causa in oggetto, ogni diversa istanza disattesa, visto l'art. 23 della l. 689/81 e succ. modifiche così provvede:

accerta la sussistenza del diritto di credito vantato dal Sig. R.O. nei confronti del Sig. A.F. di cui all'assegno n. 5479536251-07 Poste Italiane S.p.A. di importo pari ad euro 1.500,00;

dichiara Poste Italiane S.p.A. soggetto trattario obbligato in solido con il Sig. A.F. a pagare l'assegno n. 5479536251-07 di importo pari ad Euro 1.500,00 in favore di parte attrice e per l'effetto condanna Poste Italiane S.p.A. al pagamento in favore del Sig. R.O. della somma di Euro 1.500,00 oltre interessi legali dal 27.09.2007 al reale soddisfo;

condanna Poste Italiane S.p.A. ex art. 96 c.p.c. al pagamento della somma di Euro 519,11 in favore dell'attore oltre interessi al tasso legale dalla data della presente sentenza al reale soddisfo;

rigetta le altre domande ed istanze proposte dalle parti; condanna Poste Italiane S.p.A. a rifondere all'attore le spese di giudizio liquidate complessivamente in Euro 1.969,00 (di cui Euro 960,00 per onorari, Euro 900,00 per diritti, Euro 109,00 per spese) oltre accessori di legge, e rimborso spese generali. (... *Omissis*...)

(1) Obbligazione solidale dell'ente trattario con il traente.

Sommario: 1. *Il caso e la sua soluzione.* - 2. *La disciplina sanzionatoria degli assegni bancari e postali.* - 3. *Obblighi e responsabilità solidale del trattario.* - 4. *Sulla natura della responsabilità dell'ente trattario* - 5. *Difficoltà probatorie.*

1. Il caso e la sua soluzione.

Tizio vende alcuni mobili antichi ad un antiquario, Caio, che li paga con un assegno postale. Portato all'incasso, però,

il titolo di credito risulta emesso in difetto di provvista e viene, quindi, protestato.

Tizio, allora, dopo un infruttuoso tentativo di pignoramento, cita in giudizio sia il venditore ambulante sia l'ente trattario dell'assegno, Poste Italiane S.p.A., per sentirli entrambi obbligati in solido al pagamento del proprio assegno.

Il Giudice di Pace di Chiavari accoglie la domanda attorea condannando Poste Italiane S.p.A. non solo al pagamento dell'intero importo indicato nel titolo di credito, ma anche al pagamento di una sanzione processuale ex art. 96 c.p.c. in quanto, da una parte, non aveva adeguatamente provato di avere adempiuto agli obblighi imposti dalla legge 15 dicembre 1990 n. 386 e, dall'altra, non aveva diligentemente svolto la funzione pubblica di vigilanza e controllo sulla circolazione degli assegni finalizzata a garantire la sicurezza e la fiducia degli utenti finali.

Infatti, è emerso in giudizio che Caio, prima di emettere l'assegno "in favore" di Tizio, aveva sottoscritto altri due assegni in difetto di provvista e in relazione ad essi Poste Italiane S.p.A. omise quanto ad essa imposto per legge.

La sentenza in commento, a quanto è dato sapere, rappresenta la prima pronuncia giudiziale ad applicare la legge n. 386 del 1990, come modificata dal D. Lgs. n. 507 del 1999, in una prospettiva nuova rispetto a quella solitamente adottata nelle aule di Tribunale. Il Giudice non è intervenuto, infatti, per tutelare coloro che hanno emesso un assegno "a vuoto" (ad es., per disporre la cancellazione del nominativo del traente dal C.A.I. (1), di cui si dirà dopo), ma per tutelare il vero danneggiato da questa spiacevole vicenda, cioè il creditore sul quale ricade il rischio dell'assenza di provvista sul conto corrente del debitore. Ipotesi per nulla eccezionale.

Detto provvedimento, quindi, si presenta di particolare interesse per esaminare dal punto di vista pratico quali sono gli strumenti che il legislatore ha messo a disposizione degli utenti finali per garantire la sicurezza e la loro fiducia nella circolazione degli assegni.

Per comprendere meglio le motivazioni che hanno indotto il Giudice di Pace di Chiavari a porre a carico dell'ente trattario la responsabilità dell'uso improprio dei titoli di credito(2), è necessario analizzare la normativa che viene applicata.

2. La disciplina sanzionatoria degli assegni bancari e postali.

La legge 15 dicembre 1990 n. 386, così come modificata dal D. Lgs. n. 507 del 1999(3), contiene la disciplina sanzionatoria degli assegni bancari, introdotta a seguito della depenalizzazione dei "reati di emissione di assegno senza autorizzazione o senza provvista".

In particolare, in caso di emissione di un assegno privo di provvista la legge n. 386 del 1990 prevede un doppio sistema sanzionatorio, alternativo a quello penale, incentrato, da una parte, sulla "revoca di sistema" di competenza dell'istituto di credito trattario dell'assegno che, mediante l'iscrizione nell'archivio "C.A.I.", comporta l'interdizione per sei mesi di tutte le autorizzazioni ad emettere assegni ed il divieto di stipulare nuove convenzioni di assegno con banche o uffici postali, al fine di allontanare (temporaneamente) dal sistema bancario il soggetto che si è dimostrato inaffidabile (art. 9). Dall'altra, prevede l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie e, in taluni casi, accessorie, che devono essere irrogate dal Prefetto del luogo di pagamento dell'assegno (art. 8 bis)(4).

Strumentale al funzionamento della revoca di sistema è la creazione dell'archivio informatizzato "C.A.I." (Centra Al-

larne Interbancaria(5)) in cui, ex art. 10 bis, devono essere inseriti tra l'altro i dati relativi: "alla generalità dei traenti degli assegni bancari o postali emessi senza autorizzazione o senza provvista; agli assegni bancari e postali emessi senza autorizzazione o senza provvista, nonché a quelli non restituiti alle banche e agli uffici postali dopo la revoca dell'autorizzazione; alle sanzioni amministrative pecuniarie e accessorie applicate per l'emissione di assegni bancari e postali senza autorizzazione o senza provvista (...)

In particolare, l'art. 10 bis prevede che all'interno di questo archivio debbano essere inseriti, tra l'altro, gli estremi identificativi degli "assegni bancari e postali emessi senza autorizzazione o senza provvista" (lett. b), e cioè "coordinate, divisa e importo" come precisato dall'art. 2, lett. d) del decreto Ministero della Giustizia 7 novembre 2001 n. 458.

I dati censiti sono custoditi in sei autonomi segmenti dell'archivio, secondo quanto disposto dal regolamento della Banca d'Italia del 29.01.2002: segmento CAPRI (Centrale allarme procedura impagati): in cui sono censiti i dati nominativi concernenti le revoche delle autorizzazioni a emettere assegni conseguenti alla commissione degli illeciti di cui agli art. 1 (emissione di assegno senza autorizzazione) e 2 (emissione di assegno senza provvista) della l. n. 386 del 1990; segmento PASS (Procedura assegni sottratti e smarriti): destinato a ricevere i dati degli assegni bancari e postali sottratti, smarriti, non restituiti dal correntista revocato ovvero bloccati per altri motivi; segmento CARTER (Carte revocate); segmento PROCAR (Procedura carte); segmento ASA (Assegni sanzioni amministrative): in cui sono raccolti i dati relativi alle sanzioni amministrative comminate dagli Uffici territoriali del Governo (Prefetture); segmento ASP (Assegni sanzioni penali).

In particolare, le banche e gli uffici postali sono tenuti ad alimentare i segmenti CAPRI e PASS, (ed insieme agli intermediari finanziari emittenti carte di pagamento devono alimentare i segmenti CARTER e PROCAR); i Prefetti sono tenuti a trasmettere i dati relativi alle sanzioni amministrative da essi comminate al segmento ASA(6).

Venendo, quindi, al funzionamento del sistema sanzionatorio in esame, quando viene emesso un assegno senza provvista (art. 2), sia l'ente trattario sia la Prefettura devono intervenire, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze, per sanzionare il "cattivo pagatore" e garantire la sicurezza e la fiducia nelle transazioni e nella circolazione degli assegni(7). Più segnatamente, il trattario (banca o ufficio postale) deve avvertire il pubblico ufficiale che provvede a levare il protesto (art. 8 bis). Il trattario, prima di iscrivere il traente nell'archivio C.A.I., deve inviare a quest'ultimo il "preavviso di revoca" con cui lo avverte che ha 60 giorni di tempo dalla scadenza del termine di presentazione del titolo per effettuare il pagamento tardivo del titolo (art. 9 bis).

Se il traente non effettua il pagamento nei 60 giorni successivi scattano le sanzioni. Da una parte, il trattario iscrive il nominativo del traente nell'archivio C.A.I. (segmento CAPRI) (art. 9); dall'altra, il pubblico ufficiale che ha levato il protesto avverte la Prefettura competente (art. 8 bis). Inizia così il "procedimento per l'applicazione delle sanzioni amministrative"(8).

Se il traente effettua il pagamento entro 60 giorni non accade nulla di quanto sopra (art. 8)(9).

3. Obblighi e responsabilità solidale del trattario.

Ricapitolando, quindi, in caso di mancato pagamento, in tutto o in parte, di un assegno per mancanza di provvista

(art. 2) la Legge obbliga il trattario a due compiti specifici. Innanzitutto, in base all'art. 9 il trattario è tenuto ad iscrivere il nominativo del traente nell'archivio previsto dall'art. 10 bis (*"Archivio degli assegni bancari e postali e delle carte di pagamento irregolari"*).

Il secondo obbligo in capo al trattario è previsto, invece, dall'art. 9 bis, in base al quale il trattario è tenuto a comunicare entro il decimo giorno dalla presentazione al pagamento del titolo il *"preavviso di revoca"* al traente, cioè che, trascorsi 60 gg. senza che abbia fornito la prova dell'avvenuto pagamento, il suo nominativo sarà iscritto nell'archivio di cui all'art. 10 bis e che dalla stessa data gli sarà revocata ogni autorizzazione ad emettere assegni. Al fine di prevenire la ripetizione di tale comportamento, con tale comunicazione il traente è invitato a restituire tutti i moduli di assegno in suo possesso alle banche e agli uffici postali che li hanno rilasciati.

Nel caso in cui il trattario non adempia a tali obblighi - *recitius*, lasci che il proprio cliente continui indisturbato ad emettere *"assegni a vuoto"* - la legge prevede l'obbligazione solidale del trattario con il traente che ha emesso gli assegni in difetto di provvista.

Più precisamente, se la comunicazione ex art. 9 bis non è effettuata entro il decimo giorno dalla presentazione al pagamento del titolo, mediante telegramma o lettera raccomandata con avviso di ricevimento, l'art. 9 bis, quinto comma, sancisce che il trattario è obbligato *"a pagare gli assegni emessi dal traente dopo tale data e fino al giorno successivo alla comunicazione, anche se manca o è insufficiente la provvista, nel limite di euro 10.329,14 per ogni assegno"*.

Se, invece, il trattario omette o ritarda l'iscrizione nell'archivio di cui all'art. 10 bis, l'art. 10 obbliga il trattario, sempre in solido col traente, *"a pagare gli assegni emessi dallo stesso traente nel periodo in cui avrebbe dovuto operare la revoca, anche se manca o è insufficiente la provvista, nel limite di euro 10.329,14 (10) per ogni assegno"*.

4. Sulla natura della responsabilità dell'ente trattario.

In merito alla natura di detta responsabilità il Giudice di Pace di Chiavari ha osservato che *"la responsabilità del trattario, quindi, per disposizione di legge, non risulta oggettivamente collegata sul piano obbligatorio con il portatore del titolo. Si tratta di una responsabilità per il fatto del traente (che ha emesso assegni nel periodo in cui avrebbe dovuto operare la revoca) reso possibile dal comportamento dello stesso trattario. Invero tale sanzione costituisce una forma di coazione diretta ad assicurare il corretto funzionamento dell'Archivio a beneficio della generalità dei consociati."*

La responsabilità dell'ente trattario si può configurare, quindi, sia come responsabilità per colpa, riconducibile a fatto proprio del trattario (omessa iscrizione nell'archivio o omesso invio del preavviso di revoca) sia come responsabilità per fatto altrui (emissione dell'assegno in difetto di provvista da parte del traente).

In particolare, la seconda forma di responsabilità rientra nello schema della responsabilità oggettiva, la cui *ratio* fondante si rinviene nella teoria del rischio di impresa, che ben si attaglia all'ipotesi esaminata (*"rischio professionale della banca"* (11)).

La responsabilità della banca trattaria pare conforme alla nota regola enucleata in tema di responsabilità oggettiva dalla dottrina di *law economics* (12), secondo la quale il soggetto che trae un vantaggio dalla propria attività economica è chiamato a sopportare anche i rischi e gli svantaggi che la stessa presenta. Il costo del danno deve gravare su colui che

sia in grado di prevenirlo, sopportarlo nel modo più economico possibile (il c.d. *cheapest cost avoider*), e di assicurarlo. In questo modo per il titolare dell'attività il peso del risarcimento non è casuale e imprevedibile ma diventa un costo fisso e calcolabile della sua impresa (13).

In effetti l'istituto di credito si trova nella posizione migliore per prevenire e sopportare gli effetti negativi connessi all'emissione di un assegno a vuoto: ha, infatti, la possibilità di inibire al traente l'emissione di altri assegni per sei mesi mediante la *"revoca di sistema"*, rendere noto alle altre banche il nominativo del cattivo pagatore mediante l'iscrizione nell'archivio C.A.I., vietare al traente la stipula di nuove convenzioni di assegno, ed invitare quest'ultimo a restituire tutti i moduli di assegno in suo possesso alle banche o agli uffici postali che li hanno rilasciati.

5. Difficoltà probatorie.

Se in linea di principio la disciplina sopra riportata parrebbe contribuire alla sicurezza e alla fiducia degli utenti finali nella circolazione dell'assegno (14), dal punto di vista pratico è doveroso, però, segnalare come la legge sulla privacy (D. Lgs. 196 del 2003) rischi di impedire la concreta applicazione della legge n. 386 del 1990.

Infatti, per tutelare la riservatezza del debitore, non è consentito ad un terzo estraneo, che non sia il traente l'assegno in difetto di provvista, l'ente segnalante, i prefetti o l'autorità giudiziaria (15), verificare prima del giudizio, se l'istituto di credito abbia o meno adempiuto agli obblighi imposti dalla legge. Innanzitutto, bisogna accertare se il debitore abbia emesso precedentemente altri assegni in difetto di provvista, ma la *"visura cumulativa protesti"*, rilasciata dalla Camera di Commercio, indica solamente alcuni dati relativi all'assegno in questione (un numero di repertorio utilizzato internamente da detto ente, l'importo, il luogo e la data di levata protesti), non consentendo, però, di risalire né all'ente trattario che ha negoziato il titolo di credito né al numero dell'assegno né al luogo di emissione (necessario per determinare la Prefettura competente).

Una volta appurato che lo stesso traente ha emesso altri assegni in difetto di provvista dello stesso trattario prima di quello per cui si agisce in giudizio, bisogna verificare se l'istituto di credito abbia o meno iscritto il nominativo del debitore nel segmento CAPRI. L'unico modo per scoprirlo è consultare l'archivio C.A.I. (16) custodito presso la Banca d'Italia, ma al creditore ciò non è consentito.

Del pari, non è neppure possibile accertare se il Prefetto abbia o meno irrogato la sanzione amministrativa e, quindi, controllare se il debitore abbia o meno pagato entro 60 giorni l'assegno emesso in difetto di provvista, con l'eventuale conseguente interruzione del procedimento sanzionatorio.

A tutto ciò si aggiunga che l'iscrizione del nominativo del traente nel segmento CAPRI dell'archivio C.A.I. ha una durata solamente semestrale, decorsa la quale i dati vengono cancellati per sempre (17), con il rischio che in sede giudiziale sia ormai tardiva per il Giudice ogni richiesta alla Banca d'Italia.

Si aggiunga, infine, che, ai sensi dell'art. 10 della succitata legge, l'istituto di credito è chiamato a rispondere in solido con il traente limitatamente alla somma di euro 10.329,14 per ogni assegno (18).

Alla luce di quanto sopra, pare evidente come il rischio sia quello che, senza la buona volontà del difensore, la legge n. 386 del 1990 resti lettera morta e, in quanto tale, finisca col tutelare non tanto il creditore che ha ricevuto l'assegno in difetto di provvista, quanto, piuttosto, e non sembrerebbe que-

sto il fine della norma (19), il debitore o l'istituto di credito. Perché i buoni intendimenti non rimangano falsa apparenza, pare, quindi, necessaria una modifica della disciplina che quantomeno consenta al destinatario dell'assegno senza provvista, quale titolare del diritto soggettivo di credito, la consultazione del segmento CAPRI del C.A.I., che, tra l'altro, avrebbe il pregio di evitare la citazione in giudizio al buio dell'istituto di credito.

(2) Sulla sanzione processuale ex art. 96 c.p.c.

Il Giudice di Pace di Chiavari ha ritenuto, infine, legittimo comminare a Poste Italiane S.p.A. una sanzione ex art. 96 c.p.c. per il comportamento processuale tenuto in giudizio. L'istituto di credito, infatti, pur essendo consapevole di non aver diligentemente adempiuto agli obblighi imposti dalla legge, ha resistito in giudizio con mala fede e colpa grave, offrendo prove patentemente inidonee al sostegno delle proprie difese, confidando probabilmente nelle difficoltà probatorie a carico di parte attrice.

Tale atteggiamento è stato considerato ancora più grave in considerazione della funzione pubblica di vigilanza e controllo che era chiamata a svolgere per garantire la sicurezza e la fiducia degli utenti finali nella circolazione degli assegni.

Nicola Orecchia
Avvocato, Foro di Chiavari

Note:

- (1) Cfr. ad esempio, Tribunale di Roma, ordinanza del 23 marzo 2006; Cass. 10 dicembre 1992, n. 11750; Cass. 2 dicembre 1994, n. 12183.
- (2) In materia di responsabilità oggettiva P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.
- (3) F. Baldi, *La depenalizzazione dei reati di emissione illecita degli assegni bancari e postali. Commento ai titoli V, VII e VIII del decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507*, Milano, 1999.
- (4) Donato L. *Le linee generali della riforma: strategia normativa ed evoluzione del sistema bancario*, in L. Donato (a cura di), *Il nuovo assegno bancario. Depenalizzazione, revoca del sistema, Centrale Allarme Interbancaria*, Roma, 2003, 23 ss. Pellizzi - Partesotti, *Commentario breve alla legislazione sulla cambiale e sugli assegni, appendice relativa alla "Nuova disciplina sanzionatoria degli assegni bancari Legge 15 dicembre 1990, n. 386"*, Padova, 1991, 8.
- (5) Espressione utilizzata nel regolamento 20.01.2002 della Banca d'Italia recante norme in tema di "funzionamento dell'archivio informatizzato degli assegni bancari e postali e delle carte di pagamento" e anche in contributi dottrinali (V., ad es. A. Ruggiero, *La Centrale Allarme Interbancaria*, in *Contratti*, 2002, 1031).
- (6) Per un approfondimento Siclari D., *Modelli di sussidiarietà orizzontale. La centralizzazione delle informazioni sui rischi di pagamento*, Padova, CEDAM, 2006; M. Mancini - V. Profeta - N. De Giorgi, *La Centrale d'Allarme Interbancaria nella disciplina sanzionatoria dell'assegno*, Roma, Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, n. 59, 2007, 24.
- (7) Cfr. Banca d'Italia - ABI, *Libro bianco sull'assegno*, Roma, 1995.
- (8) L'art. 8 bis prevede che: "entro novanta giorni dalla ricezione del rapporto o dell'informativa il prefetto notifica all'interessato gli estremi della violazione a norma dell'articolo 14 della legge 24 novembre 1981, n. 689. L'interessato, entro trenta giorni dalla notifica, può presentare scritti difensivi e documenti. Il prefetto, dopo aver valutato le deduzioni presentate, determina, con ordinanza motivata, la somma dovuta per la violazione e ne ingiunge il pagamento, insieme con le spese, ovvero emette ordinanza motivata di archiviazione degli atti".
- (9) Cfr. Tribunale di Lucca, ordinanza del 17 maggio 2006; Tribunale di Trani, Sez. distaccata di Ruvo di Puglia, ordinanza del 18 aprile 2006.

(10) Si osserva come la legge di delegazione legislativa n. 205 del 1999 non prevedeva alcuna limitazione quantitativa della responsabilità solidale del trattario, limitandosi invece l'art. 8, lett. f), di tale legge a "prevedere la responsabilità solidale della banca".

(11) C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, III, Milano, Vallardi, 1916.

(12) G. Comandè, *Lezioni di diritto privato comparato*, presso Università degli Studi di Pisa, 2005-2006.

(13) D. Siclari, *Incostituzionalità e illegittimità nella disciplina sanzionatoria dell'illecita emissione di assegni bancari e postali*, in www.diritto bancario.it, febbraio 2008, pag. 30-31. G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, trad. it., Milano, 1975. G. Ponzanelli, *Le clausole di esonero della responsabilità civile*, Milano, 1984.

(14) A. Carrato, *La nuova disciplina dell'assegno bancario: profili civilistici (d. lgs. 30 dicembre 1999, n. 507)*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2000.

(15) Regolamento del Governatore della Banca d'Italia del 29.9.2002 (G.U. n. 27 del 01.02.2002) come modificato il 16.03.2005 (G.U. n. 69 del 24.03.2005), art. 12.

(16) Profeta, *Il regime di pubblicità della Centrale Allarme Interbancaria*, pag. 459.

(17) Cfr. D. M., n. 458 del 07.11.2001, art. 10.

(18) "Per altro verso, si fa notare come l'assenza di un limite quantitativo alla responsabilità della banca trattaria potrebbe incentivare la conclusione di accordi fraudolenti fra dipendenti bancari e soggetti revocati ai danni degli istituti di credito, aggravando il fenomeno dell'emissione illecita di assegni e potendo, in casi limite, addirittura minacciare la stessa sana gestione e la stabilità patrimoniale delle banche" come osserva D. Siclari, *Incostituzionalità e illegittimità nella disciplina sanzionatoria dell'illecita emissione di assegni bancari e postali*, in www.diritto bancario.it, febbraio 2008 che cita A. Segreto - A. Carrato, *L'assegno*, Milano, 2001, 724, che richiama anche la relazione governativa in sede di commento al contenuto dell'art. 35 del d.lgs. n. 507 del 1999, in *Dir. e giust.*, 2000, n. 5, 70. Salvo il caso in cui "l'operato della banca trattaria sia caratterizzato da dolo o colpa grave" dove all'autore non appare applicabile alcuna limitazione della responsabilità.

(19) Sulla ratio dell'intervento legislativo si veda la Relazione governativa al D. Lgs. n. 507 del 1999, in *Guida al diritto*, dicembre 1999.

Tribunale di Genova, 11 maggio 2010, n. 2157 - Giudice Unico Albino - G. nella qualità di esercenti la potestà sulla minore G.G. (Avv. Palermo) c. C. (Avv. La Cognata) e c. Sasa Assicurazioni (Avv. Soave).

CIRCOLAZIONE stradale - attraversamento della sede stradale - obblighi del pedone.

CIRCOLAZIONE stradale - presunzione di colpa del conducente - limiti - esclusione.

(Art. 2054 c.c.)

Il pedone, nell'utilizzo di un passaggio pedonale, ha l'obbligo di dare la precedenza ai veicoli sopraggiungenti con il verde oltre a quello, in ossequio alle elementari regole di prudenza e diligenza. Prima di intraprendere l'attraversamento, ha l'obbligo di verificare che non sopraggiungano veicoli e di utilizzare la sede stradale quando questa risulti libera, sicura ed agevole, in modo da non costringere i conducenti di veicoli a rallentare o fermarsi o a ricorrere a manovre di fortuna. (1)

Secondo l'art. 20524 c.c. la responsabilità del conducente un veicolo può essere esclusa solo se risulti provato che, quest'ultimo, ha fatto tutto il possibile per evitare l'impatto, non avendo avuto modo di prevenirlo in alcun modo. Nel caso di investimento di pedone, deve dimostrare che il pedone, benché avvistato, abbia in-

trapreso l'attraversamento in maniera talmente repentina che, anche la dovuta sorveglianza della strada, da parte di esso conducente, non avrebbe potuto in alcun modo evitare l'impatto. (2)

Motivi della decisione

Dalle risultanze processuali è emersa l'esclusiva responsabilità della minore G.G. nella determinazione dell'incidente dedotto in giudizio.

1. Si osserva che il comportamento del pedone, il quale si è immesso nella corsia impegnata dal motoveicolo convenuto in maniera improvvisa e repentina, sbucando nella parte anteriore di un autocarro transitante nell'attigua corsia di destra, celandosi alla vista del convenuto sopraggiungente ed in contrasto con l'obbligo del pedone in transito sul passaggio pedonale di dare la precedenza ai veicoli e d'intraprendere l'attraversamento quando questo si presenti libero, sicuro ed agevole, in modo da non costringere i conducenti di veicoli a rallentare o a fermarsi o a ricorrere a manovre di fortuna. (...*omissis*...). G.G. ha posto in essere un fatto imprevedibile ed incalcolabile, che ha interferito di sorpresa nel comportamento del convenuto P.C., in modo da provocare un evento inevitabile con le ordinarie cautele, sovverchiando i limiti della prudenza e diligenza. (...*omissis*...)

2. Secondo la giurisprudenza, poiché la responsabilità presunta del conducente del veicolo può essere esclusa, ai sensi dell'art. 2054 c.c. solo se risulti provato che quest'ultimo ha fatto tutto il possibile per evitare l'incidente e che non avrebbe potuto, quindi, in alcun modo prevenirlo, nel caso di investimento di un pedone, che abbia attraversato la strada senza rispettare il segnale del semaforo, il conducente del veicolo non può limitarsi a provare che il pedone ha attraversato la strada con il semaforo "rosso" mentre il veicolo giungeva da una distanza che non consentiva manovre di emergenza, ma deve anche dimostrare che il pedone, benché avvistato, non aveva tenuto un comportamento che denunciava il suo intento di attraversamento in modo così repentino che anche la dovuta sorveglianza della strada, da parte del conducente del veicolo, non sarebbe servita ad evitare l'incidente, atteso che tale attraversamento non è del tutto imprevedibile essendo astrattamente possibile che il pedone sia disattento o privo di riflessi adeguati. (...*Omissis*...).

L'urto non è stato evitabile perché le circostanze concrete hanno reso impossibile l'attuazione di manovre di emergenza. (...*Omissis*...)

(1-2) Circolazione stradale: obblighi del pedone ed esclusione della responsabilità del conducente veicoli.

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

1. Il caso.

Ad un incrocio stradale, regolato da impianto semaforico, la minore G.G., pur essendo per il suo senso di marcia il semaforo proiettante luce rossa, del tutto inaspettatamente e repentinamente, si immetteva nel flusso veicolare, al fine di giungere dall'altra parte della strada dove si trovavano alcuni amici.

La minore, nell'intraprendere la manovra, non poneva la minima attenzione né al semaforo, appunto rosso, né ai veicoli che si trovavano a transitare nella sede stradale poiché intenta a sbracciarsi per salutare gli amici che intendeva raggiungere dall'altro lato della carreggiata.

Il suo comportamento tanto imprudente, quanto repentino, non poteva essere scorto dal convenuto, Sig. P.C., conducente un motoveicolo, poiché, alla destra dello stesso, nel frangente dell'attraversamento della G.G., si trovava un autocarro che gli impediva di poter vedere alla propria destra e, conseguentemente, si è ritrovato la pedona davanti al proprio motoveicolo, senza poter fare nulla che non frenare il proprio mezzo, con la prontezza consentitagli dalle circostanze di fatto.

Il convenuto P.C., peraltro, stava transitando nel flusso veicolare procedendo ad una velocità adeguata alle condizioni di traffico e ciò è emerso anche in base all'entità delle lesioni subite dalla minore, contenute in un 6% di I.P.

Laddove il Sig. P.C. avesse tenuto un'andatura meno prudente, certamente, l'impatto avrebbe avuto una efficacia lesiva dalle conseguenze ben più gravi.

Il convenuto P.C., nel costituirsi in giudizio e rifiutando ogni addebito nella causazione del sinistro, anzi, proponeva domanda riconvenzionale nei confronti dei genitori esercenti la potestà sulla minore G.G., richiedendo la rifusione dei danni al veicolo, procurati nell'impatto.

Il Giudice, valutata attentamente la situazione di fatto, concretamente venutasi a creare, rigettava in toto le pretese attoree, accogliendo, invece, la domanda riconvenzionale del convenuto, per il danni al motoveicolo.

La condanna alle spese ha seguito la soccombenza.

2. L'inquadramento normativo.

La controversia decisa dal Tribunale di Genova rappresenta una fondamentale riflessione in materia di responsabilità civile per danni da circolazione nell'ipotesi in cui siano coinvolti dei pedoni. Ed infatti, la decisione del Tribunale appare molto importante se si considera che il teatro del sinistro è un incrocio regolato da impianto semaforico.

Per il Giudice del merito la prudenza, perizia ed attenzione dei conducenti i veicoli deve essere sempre particolarmente accurata.

Tale accuratezza, però, e ciò in aderenza ad un indirizzo della Corte di Legittimità che risulta essere consolidato, viene richiesta anche all'utente pedone.

Le cautele nell'utilizzo della sede stradale non possono essere solo di chi conduce veicoli, ma devono, necessariamente, essere applicate anche da chi si sposta a piedi.

La particolare prudenza, perizia ed attenzione che viene richiesta a chi guida può e deve trovare come limite quello per cui nessuno può essere tenuto all'impossibile.

Valutati gli elementi di fatto, che caso per caso, caratterizzano ogni evento lesivo, il Giudice deve valutare, in concreto, tutti gli elementi del fatto, non applicando un "automatismo" nella individuazione di responsabilità a carico di chi conduce un veicolo, per il solo ed unico fatto che l'impatto è avvenuto con un pedone.

La decisione del Tribunale, quindi, è scaturita a seguito del combinato disposto delle norme di cui agli artt. 1227 e 2054 c.c.

L'art. 2054 c.c., prevede che il conducente di un veicolo è obbligato a risarcire il danno prodotto a persone o a cose, dalla circolazione dei veicoli, se non prova di avere fatto tutto il possibile per evitare il danno.

L'art. 1227 c.c. II comma, prevede che il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare, usando l'ordinaria diligenza.

E, nel caso di specie, il conducente del veicolo, che stava transitando a velocità moderata e con guida comunque at-

tenta, per circostanze concrete, si è trovato nell'oggettiva impossibilità di poter impedire l'impatto e, dall'altro lato, la pedona ha adottato un comportamento del tutto privo delle più elementari norme di diligenza e perizia, finendo con l'essere l'unica responsabile del danno.

3. La Giurisprudenza

In materia si è creato un deciso orientamento giurisprudenziale, suffragato in particolare dalla Corte di Legittimità, la quale, nella decisione n. 12751 del 18 ottobre 2001 ha avuto modo di confermare che *“la prova liberatoria da parte del conducente, di cui al comma 1 dell'art. 2054 c.c., nel caso di danni prodotti a persone o cose da circolazione di un veicolo, non deve essere necessariamente data in modo diretto, cioè dimostrando di avere mantenuto un comportamento esente da colpa e perfettamente conforme alle regole del codice della strada, ma può risultare anche dall'accertamento che il comportamento della vittima sia stato il fattore causale esclusivo dell'evento dannoso, comunque non evitabile da parte del conducente, attese le concrete circostanze della circolazione e la conseguente impossibilità di attuare una qualche idonea manovra di emergenza”*.

Decisione di recente confermata sempre dalla Corte di Cassazione, che con la sentenza del 24 novembre 2009 n. 24689 ha ribadito come *“nella ricostruzione della dinamica del fatto, il Giudice, ai fini del riparto della responsabilità, ai sensi dell'art. 2054 e art. 1227 c.c., deve ponderare tutte le cause imputabili alle condotte imprudenti del pedone ed inesperte o negligenti dei conducenti in relazione agli altri elementi obiettivi riscontrati sul luogo dell'investimento.”*

A tale orientamento si è più volte adeguato anche il Tribunale di Genova, con decisioni del 2007 e 2008 e la Corte d'Appello di Genova, conforme a quanto sopra con decisione del 17 aprile 2007.

Simonetta Cocconi
Avvocato, Foro di Genova

Tribunale di Genova, sez. I civ., 27 aprile 2010, n. 1728 - Giudice Unico Braccialini - Italo Algerina s.s. (Avv. C. Iavicoli) c. Filippini (Avv. Mazzucco) e c. Serio (Avv. Curti) - De Caro (Avv. Bava).

CONTRATTO in genere - risoluzione per inadempimento - importanza dell'inadempimento - diffida stragiudiziale ad adempiere a mezzo notifica - ammissibilità.

(Artt. 1454 e 1455 c.c.; art. 140 c.p.c.)

L'importanza dell'inadempimento di una delle parti in un contratto a prestazioni corrispettive ai fini di una efficace diffida ad adempiere ex art. 1454 cod. civ. deve essere valutata in concreto sulla base degli specifici interessi delle parti, considerando anche i comportamenti di esecuzione parziale tenuti dalla parte inadempiente.

In particolare, in un contratto preliminare di compravendita immobiliare, in presenza di comportamenti del promissario acquirente quali il ritardo di quasi un anno nel versamento degli acconti di prezzo, acconti costituenti circa il decimo del valore dell'immobile compravenduto, deve ritenersi legittima la diffida ad adempiere comunicata dal promittente venditore e pertanto operante la intimata risoluzione di diritto del contratto medesimo.

È applicabile anche alla notifica della diffida ad adempiere, pur

essendo atto stragiudiziale, la presunzione di conoscenza dell'atto, da parte del destinatario, a seguito degli adempimenti di cui all'art. 140 c.p.c.

Svolgimento del processo

Con citazione del 20 giugno 2006 il geometra Antonio Serio conveniva in giudizio presso questo Tribunale la società semplice Italo-algerina di Filippini nonché la sig.ra Graziella Filippini in proprio chiedendo dichiararsi la simulazione assoluta del rogito del 9 giugno 2006 intercorso tra la predetta società semplice e la Filippini o in subordine la revoca della compravendita stessa e all'esito pronunciarsi sentenza costitutiva per il trasferimento ad esso esponente dell'appartamento n. 1 di Piazza Andorlini ubicato all'interno del caseggiato denominato palazzo Balbi.

Riferiva di aver sottoscritto il 10 maggio 2004 un contratto preliminare di compravendita con la società Italo Algerina con il quale egli si obbligava ad acquistare un immobile facente parte del caseggiato Balbi versando a titolo di caparra confirmatoria la somma di euro 5.000, nonché ulteriori acconti fino ad un totale di euro 35.000. Come da previsioni del preliminare, egli aveva indicato una persona da nominare per la stipula del definitivo e fissato un appuntamento con il notaio rogante (1.6.2006) ma la società Italo Algerina con suo fax comunicava a volontà di non dare seguito al contratto preliminare che riteneva risolto.

In data 14 giugno del 2006 l'esponente era così costretto a notificare un atto di citazione con il quale chiedeva venisse emessa sentenza costitutiva per l'esecuzione coattiva del preliminare suddetto, ma recatosi in conservatoria per la trascrizione apprendeva che alla stessa data fissata per la cessione a lui, l'immobile era stato promesso in vendita alla sorella dell'amministratore della società: pertanto depositava ricorso per sequestro in relazione alla simulazione della vendita e con provvedimento in pari data (16 giugno 2006) il tribunale di Genova disponeva sequestro giudiziale dell'immobile in questione.

Tanto premesso in linea di fatto, in diritto da parte attrice si sosteneva la *natura truffaldina* del trasferimento immobiliare operato dall'amministratrice dell'impresa in favore della propria sorella: era quindi evidente che la venditrice aveva fin dall'origine inteso non dare corso al contratto preliminare trattenendo i 40.000 euro pagati ed abusando della buona fede del promissario acquirente con un trasferimento maturato all'interno della stessa compagine familiare.

Si deduceva dunque la simulazione assoluta di tale atto di vendita; in subordine si chiedeva la revoca sensi dell'articolo 2901 codice civile, con ulteriore condanna della società convenuta al risarcimento dei danni per la mancata vendita; in ulteriore subordine si chiedeva il risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento della società convenuta con condanna al risarcimento del maggior danno provocato stante l'impossibilità di trasferire l'immobile oggetto del preliminare all'acquirente già individuata.

Costituendosi in giudizio la Filippini contestava l'avversa prospettazione e sosteneva l'intervenuta risoluzione del contratto preliminare a suo tempo intercorso con il geometra Serio, il quale era stato diffidato all'esecuzione del rapporto come comprovato dalla missiva prodotta dalla fase cautelare all'udienza del 3 luglio 2006. In quella stessa sede la parte aveva dimostrato che l'acquisto non era stato per nulla simulato ma vi era stato un reale versamento e accollo del mutuo.

Inoltre erano comprovate le gravi inadempienze rispetto al

piano di pagamenti rateali stabilito con la controparte, mentre la mancata consegna dell'immobile era per l'appunto l'effetto di inadempimento per il prezzo, a fronte di un termine di consegna che non risultava per nulla definito come essenziale.

La società Italo-algerina costituendosi a sua volta osservava che effettivamente il 10 giugno 2004 era stato convenuto il preliminare di vendita per un appartamento ubicato nel fabbricato di proprietà della società al prezzo di euro 230.000 da pagarsi secondo scadenze rateali e con un trattamento di favore, che si spiegava con il fatto che il Serio fosse direttore dei lavori per gli appalti condominiali. Il promissario acquirente però era incorso ben presto in ritardi nei pagamenti rateali per cui già il 17 gennaio 2006 egli fu diffidato al pagamento delle rate scadute: però pur riconoscendo parzialmente il debito, il geometra opponeva asserite discordanze nella metratura. A causa del constatato inadempimento, essa società in data 20 marzo 2006 diffidava formalmente il geometra ad adempiere al pagamento delle rate scadute con intimazione ai sensi dell'articolo 1454 cod. civile; nessuna risposta era pervenuta, fin quando il geometra indicava la data del 9 giugno successivo con suo fax per la stipulazione, senza aver provveduto al pagamento delle rate arretrate: al che la società ribadiva l'intervenuta risoluzione del preliminare.

La società convenuta produceva un riepilogo dei pagamenti da cui desumeva il ritardo di quasi un anno rispetto al pagamento del dovuto, posto che l'acconto di 35 mila euro era imputabile al prezzo solo ad esaurimento delle rate.

Si contestava poi che vi fosse stato alcun comportamento truffaldino: esaurita la ristrutturazione dell'edificio storico, per un alloggio dentro il pregiato palazzo aveva manifestato interesse Graziella Filippini, che lo aveva scelto anche per rimanere vicino alla sorella.

Ancora, si negava che vi fosse l'intenzione di trattenere indebitamente alcuna somma avendo la società con sua lettera del 9 giugno 2006 offerto immediatamente la restituzione dei 35.000 euro.

Si assumeva che alla società non risultava la nomina di tale De Caro Olimpia come parte stipulante visto che il notaio rogante si presentò alla stipulazione facendo riferimento al solo geometra Serio, mentre in riferimento alla cessione di contratto si faceva notare che, se valida, essa privava di legittimazione attiva la parte attrice ma che in ogni caso - non risultando registrato e quindi priva di data certa - essa non era opponibile alla società, la quale inoltre assumeva di non aver mai immesso alcun soggetto nel possesso dei beni indicati dal compromesso.

In diritto si obiettava che il rogito del 9 giugno 2006 non era simulato fornendosi dimostrazione dell'avvenuto pagamento del prezzo, mentre rispetto alla domanda di revocatoria si faceva notare che il trasferimento alla Filippini era posteriore alla risoluzione intervenuta per il contratto preliminare; per quanto sopra, ed a maggior ragione, non poteva darsi luogo alla domanda al trasferimento coattivo dell'immobile.

In via riconvenzionale si richiedeva così la declaratoria di intervenuta risoluzione del contratto preliminare per effetto dell'inutile decorso del termine fissato per l'adempimento o in alternativa per grave inadempimento della parte promissaria, con condanna al risarcimento dei danni. Da ultimo si ribadiva le esigenze che venissero cancellate espressioni sconvenienti reclamandosi il corrispondente risarcimento del danno non patrimoniale patito.

Interveniva volontariamente in causa la sig.ra Olimpia De Caro in totale adesione a tutte le richieste del Serio, esponendo di aver con lui stipulato il trasferimento del preliminare relativo all'appartamento controverso per il prezzo di 315 mila euro; si riservava le azioni del caso contro il proprio dante causa in eventuale sede separata.

In corso di causa e nella sede di cui all'art. 183.1 c.p.c. il geom. Serio modificava la domanda chiedendo, in luogo dell'adempimento coattivo del preliminare, la risoluzione di esso con ogni connessa statuizione risarcitoria: anche la De Caro vi aderiva manifestando l'essere venuto meno il suo interesse per l'immobile.

Il procedimento, dopo il vano tentativo di procurare la conciliazione della lite, è stato istruito in via solo documentale perché le produzioni sottoposte dalle parti sono state ritenute sufficienti per il decidere: per cui la causa è infine pervenuta all'udienza del 7.1.2010 in cui è stata trattenuta in decisione sulle conclusioni di cui in epigrafe, con assegnazione dei termini ordinari per la redazione delle difese conclusive.

Motivi della decisione

Si è dato lungamente conto delle opposte prospettazioni delle parti perché, a ben vedere, è in tali premesse e nelle prove documentali sottoposte che si trova l'immediata e corretta chiave di soluzione per l'odierno contenzioso.

È infatti di tutta evidenza, al di là del troppo e del vano profuso dalle difese di causa, che il nodo del contendere ruota intorno ad un'unica fondamentale domanda: nel momento in cui, nel giugno 2006, il geom. Serio pretese che la Italo-algerina si presentasse presso lo studio notarile per perfezionare e trasformare in acquisto definitivo il contratto preliminare stipulato con essa il 10.5.2004, tale preliminare era risolto (di diritto) o meno?

Tale questione è già stata posta all'attenzione delle parti con l'ordinanza istruttoria, che qui si ribadisce per ciò che concerne la completezza delle prove documentali a supporto dell'istruttoria senza necessità di integrazioni orali, ed in effetti è dato notare che le parti nelle loro difese conclusive hanno raccolto tale spunto dialettico ed esaminato con dovizia di argomenti - ovviamente, da contrapposti angoli visuali - la sussistenza o meno dei presupposti per la risoluzione del contratto preliminare immobiliare anteriormente al trasferimento dell'immobile alla Filippini.

Appare singolare che nelle prospettazioni iniziali la parte attrice non dia il minimo conto di evidenze documentali di un certo peso, come la messa in mora pervenutale nel gennaio 2006 (a cui aveva replicato un mese dopo) o la diffida ad adempiere, che nega di aver mai ricevuto: negativa avente scarso fondamento, perché la notificazione realizzata nelle forme dell'art. 140 c.p.c. appare perfettamente rituale e pertanto il mancato ritiro "fisico" del plico recapitato alla residenza anagrafica (nonché domicilio eletto ai fini del preliminare in esame) non può che essere conseguente ad una determinazione omissiva del destinatario, non già ad imperfezione o inaffidabilità delle forme della comunicazione legale.

La "contro-obiezione" del Serio secondo cui anche i Filippini erano inadempienti rispetto agli obblighi di consegna non è fondata: il termine del 15.11.2005 per la consegna dell'alloggio ultimato era indicativo, come consta chiaramente dalle premesse del compromesso ed inoltre la parte attrice era direttamente coinvolta nel ritardo stesso, imputabile all'impresa di cui era capocantiere, che eseguiva le ri-

strutturazioni dell'intero fabbricato : tant'è vero che nella sua risposta del 14.2.2006, il geometra non fece il minimo accenno alla questione del ritardo.

Vi è poi da considerare, come analiticamente fanno constatare le parti convenute, che a fine novembre 2005 anche il geometra era in ritardo nel pagamento delle molto generose rateizzazioni del debito convenute con la promittente, ed al momento della prima messa in mora il ritardo viaggiava nell'ordine di diversi mesi.

È da sottolineare che al momento della diffida notificata con ufficiale giudiziario, Serio sapeva già delle contestazioni di inadempimento perché a gennaio 2006 aveva ricevuto messa in mora che gli contestava il mancato pagamento di 20 mila euro a far data dal febbraio 2005: un mese dopo (il 14.2.2006) replicava - senza negare il mancato pagamento - che risultava diversa la metratura dell'alloggio: una doglianza mai prima proposta, difficilmente sostenibile (essendo egli direttore del cantiere) e rimasta sempre indimostrata.

Nelle produzioni documentali dell'attore vi è anche una missiva del febbraio 2006, non raccomandata, nella quale - invece di prendere posizione sull'inadempimento, o eliminarlo - si richiede di aumentare la quota del mutuo: una richiesta nuova, che Italo-algerina non era tenuta ad assecondare, e che poteva semmai indurre maggiori dubbi sulla solvibilità del promissario che in tal modo palesava una sua minore liquidità disponibile.

La gravità dell'inadempimento pecuniario (inferiore ad 1/10 del prezzo complessivo) diventa così la questione fondamentale da delibare e la precisa presenza di tale circostanza è apprezzabile in questo. Con tutta evidenza il prezzo praticato al Serio era estremamente vantaggioso e si spiegava con il tentativo dei Filippini di avere un trattamento di favore dal dirigente del cantiere appaltatore: i convenuti parlano in proposito di un vero e proprio "intuitus personae", ed in effetti non è dato riscontrare su piazza rateizzazioni così generose dei corrispettivi delle vendite immobiliari.

Tale aspettativa si rivela sbagliata, se poi i committenti arrivano ad una transazione con Bieffe (l'impresa appaltatrice e datrice di lavoro del Serio) che rivela l'insoddisfazione dei Filippini stessi per la qualità della prestazione ottenuta.

A questo punto, frustrata tale aspettativa, diventa forte l'interesse creditorio ad ottenere un puntuale pagamento del generoso prezzo pattuito nell'evidente timore che anche questo seconda prestazione pecuniaria non sia eseguita seriamente.

Un tempo di attesa di un anno per una somma relativamente contenuta diventa quindi - dall'angolo visuale dell'interesse all'esatta prestazione a carico del promissario acquirente - un inadempimento "grave" quando si accompagna ad altre considerazioni inerenti l'affidabilità della controparte tra cui: a) la prospettazione di inconsistenti problematiche di metratura; b) la richiesta di ridurre la somma dovuta in contanti; c) il fatto che comunque, da gennaio a giugno, il geom. Serio non faccia nulla per ridurre l'esposizione debitoria anche tardivamente. Da qui, gli estremi per poter considerare "grave" l'inadempimento protratto e dunque legittima e giustificata la diffida ad adempiere, con ogni connessa conseguenza.

Questo è il nocciolo del contendere, questo è il "core" della decisione che in questa sede si pronuncia in totale adesione alle richieste dell'impresa promittente e dell'acquirente Filippini. Non vale la pena di attardarsi sul fatto che l'esatto debito arretrato fosse 15 o 20 mila euro, se non per dire che malgrado la prudenziale scelta di richiedere 15 mila euro nella diffida ad adempiere, era in realtà esatto il conteggio

eseguito da Italo-algerina a gennaio 2006 perché la caparra iniziale poteva essere scomputata dal prezzo solo con il saldo finale, e non già incorso di rateizzazione. In ogni caso, nei mesi che trascorrono dalla prima costituzione in mora a quando l'attore pretende l'esecuzione del preliminare, non si registra alcun serio tentativo del geom. Serio di ridurre il disavanzo debitorio ed anzi stupisce il fatto che la provvista finanziaria, che sarebbe derivata all'attore dalla rivendita della casa alla De Caro (è difficile parlare in proposito di cessione del primitivo preliminare, a fronte di modalità di pagamento diverse), non sia stata impiegata proprio per ridurre il debito verso la Italo-algerina.

Per effetto della ritenuta risoluzione di diritto, databile alla scadenza del termine previsto nell'atto comunicato a mezzo ufficiale giudiziario, la parte attrice non potrà pretendere il trasferimento dell'immobile ed avrà solo titolo alla restituzione dei corrispettivi pagati, al netto però della caparra confirmatoria di 5000 euro. Gli accessori decorrono dalla domanda, in termini di interessi legali maturati da tale data al saldo effettivo, con spese di lite che seguono la soccombenza ma tengono conto della natura solo documentale dell'istruttoria svolta e vengono dimensionate su un valore di compromesso di 230 mila euro.

Il particolare del mancato impiego della provvista ritraibile dalla rivendita alla De Caro fa dubitare non poco circa la datazione (non risultante da affidabile registrazione o altra evidenza esterna) e dunque l'autenticità delle pattuizioni intervenute con quest'ultima, dilemma che non deve però essere risolto in questa sede perché l'interveniente ha da ultimo formalizzato il venir meno del suo interesse alla decisione.

L'intervento della De Caro, sicuramente ammissibile in termini di ingresso in causa "ad adiuvandum", registra il venir meno dell'interesse per effetto delle mutate circostanze di fatto, in quanto nelle more la De Caro ha trovato altra abitazione in Genova e da sempre aveva rinviato ad altra occasione e sede la definizione dei rapporti con il geom. Serio.

Dal momento che la sua presenza in causa non ha introdotto esigenze difensive, che non fossero già state esplicitate dai convenuti prendendo posizione sulle domande del Serio, ed apparendo possibile che il maggiore pregiudizio economico sia alla fine proprio quello patito dall'interveniente, si ritiene di dover compensare integralmente le spese di lite con le altre parti di causa.

Da ultimo, non si ritiene che le espressioni impiegate nell'atto introduttivo - che qualificano in termini pugnaci ma non scorretti comportamenti, e non persone - debbano dare luogo ad alcun intervento censorio o risarcitorio.

L'odierna decisione è esecutiva per legge.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, ogni altra domanda, eccezione o difesa rigettata, respinge le domande della parte attrice mandando assolte le parti convenute Italo-algerina e Filippini da ogni pretesa.

In accoglimento delle riconvenzionali, dichiara risolto di diritto per effetto di rituale diffida il contratto preliminare per cui è causa disponendo la restituzione al geom. Serio di euro 35.000 con gli interessi legali dal 20.6.2006 al saldo effettivo; con diritto della Italo-algerina a trattenere la caparra di euro 5000.

Condanna la parte attrice a rifondere le spese di lite che liquida per ciascuna parte convenuta in euro 166 per esborsi, 2700 per diritti, 4200 per onorari nonché spese a forfait, IVA e CPA come per legge.

Dichiara cessata la materia del contendere relativamente alla posizione dell'interveniente compensando integralmente le spese del giudizio tra la De Caro e le altre parti di causa.

Tribunale Genova, 27 maggio 2010, n. 2148 - Giudice Unico Braccialini - Fallimento Festival Crociere s.p.a. (Avv. Rossello) e Isno 3 s.r.l. (Avv. Cristoffanini) c. Ligabue Catering Service S.A.

FALLIMENTO - revocatoria fallimentare - garanzia prestata da società facenti parte di un gruppo a favore della capogruppo e/o di altre società operative - valutazione circa la natura gratuita o onerosa della garanzia - fattispecie.

In tema di revocatoria fallimentare di atti a titolo gratuito, ai sensi dell'art. 64, primo comma, legge fallimentare, nell'ipotesi di fideiussione prestata da una società (all'epoca in bonis) facente parte di un gruppo societario a favore della capogruppo e/o di altre società operative, la valutazione di gratuità od onerosità della garanzia va compiuta con riguardo alla causa concreta.

Nel momento in cui con la fideiussione viene a stabilirsi un rapporto diretto tra il terzo e il garante, ciò che determina l'onerosità oppure la gratuità della prestazione economica non è tanto l'ovvio soddisfacimento del precedente credito del terzo, bensì le conseguenze che si producono sul patrimonio del fideiussore, visto che la garanzia può determinare un profitto proprio del garante (si pensi alle commissioni lucrate per tali contratti da banche o assicurazioni), oppure può non determinare alcun giovamento economico diretto, o addirittura un depauperamento della società garante.

Per potersi riconoscere una natura onerosa alla prestazione e all'esecuzione di vincoli di garanzia infragruppo, occorre individuare con precisione un interesse effettivo, diretto e specifico dell'impresa garante che funzionerebbe da "cassa sociale".

Nel caso in cui l'uscita finanziaria dal patrimonio della società garante non trovi corrispondente sinallagmatico in alcuna controprestazione doverosa a carico del creditore, né in remunerazioni di sorta in forma di commissioni o percentuali stabilite con le società garantite, la fideiussione prestata dalla società del gruppo in favore della capogruppo e/o di altre società operative va considerata a titolo gratuito. Essa è pertanto revocabile ai sensi dell'art. 67, 1° comma, della legge fallimentare.

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

Con atto di citazione del 25.11.2004 il Fallimento della Spa Festival Crociere conveniva in giudizio presso questo Tribunale la società anonima elvetica Ligabue Catering per ottenere la revoca del pagamento di complessivi Euro 6.880.000 corrisposti tra il 3.6.2003 ed il 6.10.2003, nell'anno anteriore al fallimento dichiarato il 27 maggio 2004, in base all'art. 64 l. fallimentare o, in subordine, per il successivo art. 67.

Costituendosi in giudizio, la Ligabue s.a. chiedeva il rigetto della domanda per difetto dei presupposti considerati tanto dalla prima, che dalla seconda disposizione.

Il procedimento veniva istruito con prove documentali e l'assunzione a teste della sig.ra Anna Maria Gambolato, mentre non aveva luogo per incapacità a deporre l'esame del sig. Pietro RIVA risultato amministratore della convenuta.

Nelle battute finali del processo, si registrava la costituzione in giudizio di Isno 3 s.r.l. quale assuntore del concordato fallimentare nel frattempo omologato dal Tribunale.

All'udienza dell'11 febbraio 2010 la causa passava in decisione sulle conclusioni rassegnate dalle parti in epigrafe, con assegnazione dei termini ordinari in corso di causa.

Motivi della decisione

Preliminarmente, sul piano della legittimazione attiva, occorre considerare l'intervento in causa dell'assuntore del concordato fallimentare s.r.l. Isno 3: come diffusamente argomentato nella decisione n. 1261 del 24 marzo 2010 anche in riferimento alla disciplina novellata del fallimento, il trasferimento dei crediti per azioni revocatorie autorizzato nella sede concorsuale determina il venir meno dalla legittimazione attiva della curatela di Festival Crociere ed il trasferimento della posizione sostanziale in capo ad Isno 3, con conseguente legittimità dell'intervento in causa di quest'ultimo.

Nel merito, si discute dell'assoggettabilità o meno a revoca di una serie di consistenti pagamenti eseguiti da Festival Crociere Spa nell'anno anteriore al fallimento per un totale di 6.880.000 euro corrisposti all'appaltatore elvetico Ligabue Catering S.A., incaricato dei servizi di catering sulle navi del gruppo Festival, non già per debito proprio della società fallita ma della collegata estera Festival Cruises (pagamenti cd. "on behalf" cioè "per conto di").

Tali pagamenti sono stati eseguiti a fronte di un debito da tempo scaduto della committente di 9 milioni di euro e, salvo il primo pagamento di un milione di Euro in data 3.6.2003, tutti i successivi esborsi sono stati effettuati in aderenza (anche se non esattamente precisa) ad un piano di rientro concordato e definito con una scrittura transattiva stipulata il 27.6.2003, all'interno della quale il ruolo di Festival Crociere Spa era quello di garante dell'adempimento del debito, di cui era titolare, per i servizi di catering, la "sorella" Festival Cruises s.a. con sede in Liberia.

Su queste premesse pacifiche in fatto, occorre sviluppare due ulteriori considerazioni prima di introdurre i temi centrali dell'odierna contesa.

Non è contestato, in primo luogo, che Festival Crociere Spa abbia con i pagamenti in esame saldato parzialmente il debito scaduto, risalente ad epoca di molto anteriore la scrittura del 27.6.2003, della società operativa che aveva commissionato il servizio catering per molte navi della "Flotta" Festival, ed avesse emesso corrispondenti note credito verso Festival Cruises per ottenere il rimborso: rimborso mai pervenuto, viste le identiche negative sorti fallimentari della società liberiana.

E deve ritenersi dimostrata, in secondo luogo, una circostanza che a Genova è "fatto notorio" ma può non essere tale per operatori non cittadini o estranei al comparto crocieristico: vale a dire la dimensione di "gruppo" delle plurime società legate dal nome "Festival" quali espressioni economiche di un piccolo "impero economico" messo in piedi dal finanziere Georges Poulides.

Tale circostanza, da subito messa in evidenza nelle difese della convenuta per le ovvie ragioni che si illustreranno, è invece oggetto di apprezzamenti ondivaghi nelle difese della parte attrice e dell'assuntore del concordato. Mentre Festival esordisce in citazione mettendo in luce la dimensione organizzata del gruppo di società, l'assuntore del fallimento tende a sminuire l'importanza del gruppo evidenziando i caratteri di autonomia delle pretese economiche di cui sarebbe titolare la specifica società fallita.

Peraltro, l'esistenza di collegamenti societari tra le società che stipularono la scrittura del 27.3.2003, del tipo di quelli

considerati negli artt. 2497 e ss. del codice civile, è una realtà indiscutibile e non a caso il Fallimento attore aveva inizialmente ammesso senza esitazioni l'esistenza di un gruppo societario, visto che le evidenze dei bilanci depositati provenienti dalle singole imprese con annesse relazioni e le brochure illustrative dell'attività crocieristica depongono in tal senso e sono assolutamente inequivoche.

Nell'ambito del "gruppo Festival", la vocazione propria di Festival Crociere era la supervisione e gestione del comparto commerciale e della parte finanziaria ed amministrativa: senza però che risulti una precisa formalizzazione di un incarico generalizzato di gestione dei pagamenti per conto di tutto il gruppo e senza che possa parlarsi di una vera e propria "società cassa" perché non risultano precisi accordi infragruppo di tale tenore, come emerge nei contemporanei procedimenti per revocatorie nei confronti di altri significativi imprenditori bancari o assicurativi, nel cui ambito sono state licenziate apposite CTU per determinare i legami aziendali.

L'unico dubbio che è consentito in proposito riguarda solo l'identità della società capogruppo alla quale sarebbe riferibile l'interesse economico al proseguimento dell'attività crocieristica. Infatti, secondo la scrittura del 27.3.2003, la capogruppo si identifica con Festival Cruises, mentre in successive determinazioni della magistratura civile e penale di Genova, il reale "centro propulsivo" del gruppo sarebbe stata la ditta individuale (se non la persona) di Georges Poulides, creatore ed anima della Festival.

Ciò posto, il fallimento attore basa la domanda principale sulla natura gratuita della fidejussione prestata il 20.7.2003 dalla Festival Crociere Spa in favore delle società del gruppo, gratuita che si riverbera nei conseguenti pagamenti (al medesimo titolo) per 6.880.000 di euro eseguiti in favore di Ligabue a ripianamento del debito maturato da altre società operative del gruppo a saldo di servizi di catering eseguiti dall'impresa svizzera su navi della Flotta.

Obietta la convenuta che tali pagamenti, eseguiti da una società del gruppo deputata proprio a gestire gli aspetti finanziari dell'organizzazione imprenditoriale, corrispondevano ad un preciso interesse economico del Gruppo stesso e pertanto non possono essere ritenuti "a titolo gratuito": senza di essi, l'intera attività crocieristica sarebbe stata paralizzata. Nelle sue difese, la Ligabue cita frequentemente una giurisprudenza che ha inteso distinguere i casi controversi - per individuare gli atti a cui si riferisce l'art. 64 della legge fallimentare - esaminando la questione dall'angolo visuale della parte che riceve il pagamento (*accipiens*): se quest'ultimo determina l'estinzione di un debito pregresso, non si potrebbe parlare mai di negozio a titolo gratuito.

La difesa del Fallimento fa notare, anche alla luce di recenti pronunce di questo stesso Tribunale per analoghe azioni revocatorie promosse da Festival Crociere, che in realtà tale generale insegnamento va calato nella realtà concreta del caso singolo e quindi occorre verificare, per la singola revocatoria proposta, le conseguenze derivate al patrimonio della società - cd. *solvens* - che ha eseguito il pagamento (poi fallita: vedi sempre la citata sentenza n. 1261 del 24 marzo 2010 Fall. Festival Crociere Spa c. SHIP SUPPLY of FLORIDA Inc, est. ZUCCOLINI, in riferimento alla decisione n. 5616 del 2002 della Corte di Cassazione).

Ritiene lo scrivente di dover integralmente confermare e fare proprie le indicazioni emergenti dal citato recente precedente del Tribunale adattandole alle peculiarità del caso di specie, caratterizzato dalla prestazione di una fidejussione

della società all'epoca "in bonis" a favore della Capogruppo e di altre società operative: garanzia, alla quale ha fatto immediato seguito il pagamento di 6.880.000 in diverse tranches a partire dal 3.6.2003 e l'emissione di corrispondenti note debito a carico delle società garantite.

In primo luogo va tenuto presente che il disposto dell'art. 2901 cpv. cod. civ. pare perfettamente adattabile la caso di specie: la garanzia della Festival è stata prestata quando già le società operative del Gruppo erano indebitate per una somma davvero consistente.

Deve poi considerarsi che, nel momento in cui con la fidejussione viene a stabilirsi un vincolo contrattuale diretto tra il terzo ed il garante, quello che determina l'onerosità o gratuità della prestazione economica non è tanto l'(ovvio) soddisfacimento del precedente credito del terzo, ma le conseguenze che si producono sul patrimonio del fidejussore, visto che la garanzia può determinare un profitto proprio del garante (si pensi alle commissioni lucrate per tali contratti da banche o assicurazioni) oppure può non determinare alcun giovamento economico diretto.

Ciò che va assunto, in altri termini, è *il punto di vista della gestione fallimentare* visto che le azioni revocatorie previste dal R.D. 267 del 1942 continuano, anche dopo le recenti discusse modifiche, ad avere per obiettivo la reintegrazione al fine di realizzare il pari trattamento tra i creditori sociali del patrimonio imprenditoriale depauperato da atti gratuiti oppure onerosi: non piccola distinzione, visto che solo per i secondi è richiesto un presupposto *psicologico* a fondamento delle restituzioni.

Nel caso di specie, la robusta uscita finanziaria dal patrimonio della garante non trovava corrispondente sinallagmatico in alcuna controprestazione doverosa a carico di Ligabue Catering né in remunerazione di sorta in forma di commissioni o percentuali stabilite con le società garantite, le quali - si arguisce dalle note credito - si dovevano limitare a restituire la cifra versata "per loro conto" senza corresponsione di interessi.

La fidejussione in esame non corrisponde perciò all'esecuzione di alcun obbligo giuridico di Festival Crociere nei confronti delle società del gruppo ed anzi, a ben vedere, si risolve in un *impoverimento secco* del patrimonio sociale, dato che la Spa genovese perdeva gli interessi maturati tra l'uscita dalle casse sociali e l'improbabile rimborso; nella specie, anche il capitale, vista la ben probabile inesigibilità delle note credito emesse nei confronti di altre società fallite con un debito già scaduto da un biennio per 7 milioni di euro.

La più attenta dottrina e la giurisprudenza che si sono occupate della problematica dell'"interesse infragruppo" per casi analoghi all'odierno hanno messo in luce che per potersi riconoscere una natura onerosa alla prestazione ed all'esecuzione di vincoli di garanzia, occorre individuare con precisione un interesse effettivo, diretto e specifico dell'impresa che funzionerebbe da "cassa sociale".

Nella specie, nel momento in cui è fuori luogo contestare la natura di "gruppo" dell'organizzazione imprenditoriale che faceva capo a Georges Poulides - troppo chiare sono le indicazioni che vengono dalla sede fallimentare e penale, profuse a piene mani anche nell'odierno processo dalla Isno 3 e richiamate per stralcio da entrambe le parti nelle difese finali - va nello stesso tempo tenuto presente che la situazione di Festival Crociere è lontanissima dai casi considerati di "lecito interesse infragruppo" per le seguenti ragioni:

a) il ruolo di "cassa sociale" non era formalizzato da alcun accordo che prevedesse un ritorno economico per tale funzione;

b) al contrario, il saldo dei debiti di altre società del gruppo verso l'(improbabile) rimborso dava adito quanto meno a perdite finanziarie sul versante degli interessi passivi, che rimanevano a carico della sola garante;

c) il beneficio economico che conseguiva al pagamento dei debiti del gruppo non andava minimamente a diretto vantaggio della Festival Crociere ma, in base alla scrittura del 20.7.2003, della capogruppo Festival Cruises per non dire addirittura, se si legge la decisione nel procedimento fallimentare a carico del Poulides, che essa andava a vantaggio esclusivo delle ditta individuale attraverso cui l'"anima" del gruppo Festival gestiva il cessato gruppo aziendale.

A fronte delle considerazioni tutte sopra sviluppate, deve quindi concludersi che la fidejussione rilasciata da Festival Crociere nel giugno 2003 costituisce un atto a titolo gratuito e comunque ha dato luogo a pagamenti di debiti di terzi soggetti senza ritorni lucrativi immediati e diretti in favore del soggetto erogante, pagamenti che risultano perciò revocabili ai sensi dell'art. 64 Legge Fallimentare.

Le incertezze che tuttora sembrano perdurare in materia di revoca in sede fallimentare di atti a titolo gratuito, specialmente nel contesto di fallimenti di interi gruppi imprenditoriali, consigliano tuttavia di prendere in esame anche la domanda subordinata proposta dal Fallimento ed ulteriormente coltivata da Isno 3, la quale risulta parimenti fondata in relazione all'art. 67 cpv. L. Fallimentare per tutte le somme versate "on behalf" da Festival Crociere.

Prima di dare conferma degli elementi costitutivi dell'azione revocatoria in esame, ci si deve confrontare con la questione di costituzionalità della nuova disciplina fallimentare introdotta con la L. 80 del 2005, censurata dalla convenuta in relazione agli artt. 3, 24 e 41 Costituzione.

Le censure, pur abilmente argomentate, non colgono nel segno per le ragioni puntualmente messe in luce dal Tribunale di Cuneo est. Macagno nella decisione del 2.11.2005 prodotta dal ISNO3: da intendersi richiamata e condivisa. In effetti, non è censurabile sotto alcun profilo la scelta politica di dare un nuovo assetto all'azione revocatoria fallimentare - nell'ambito della riforma di tutta la materia delle procedure concorsuali - restringendone la sfera di applicabilità; e non è accettabile l'idea che ogni modifica legislativa che intervenga su rapporti sostanziali e processuali sia incostituzionale per disparità di trattamento tra i casi precedentemente trattati, e quelli successivi, perché ciò annullerebbe le fonti costituzionali che disciplinano la potestà normativa. La disparità di trattamento potrebbe porsi se i "casi intermedi", che per dissociazione cronologica tra elementi costitutivi ed evento ricadessero a cavallo dell'entrata in vigore della nuova fonte normativa, fossero rimessi a presupposti applicativi di mera aleatorietà affidati all'arbitrio delle parti interessate come potrebbe essere, in ipotesi, il momento di instaurazione dell'azione giudiziaria a fronte di elementi costitutivi già perfetti sul terreno sostanziale. Come se, in altri termini, il "vecchio" o il "nuovo" regime della revocatoria fossero affidati solo al momento di notifica della citazione della domanda di inefficacia proposta dal curatore.

La legge 80 ha evitato tale rischio individuando come spartiacque l'apertura della procedura concorsuale (art. 2 co. 2 d.l. 35/80) e, da tale angolo visuale, non ha realizzato alcuna disparità di trattamento, menomazione del diritto di difesa, pregiudizio al diritto di intrapresa o coartazione del potere giurisdizionale.

Passando perciò all'esame dei fatti costitutivi in riferimento all'art. 67 L. Fallim., si ribadisce la natura pacifica del pre-

supposto obiettivo, cioè l'esecuzione dei pagamenti contestati all'interno dell'ultimo anno di attività di Festival Crociere prima del fallimento.

Il dilemma, *more solito*, è costituito dalla consapevolezza o meno in capo al percipiente dell'insolvenza della società che ha operato l'atto dispositivo.

Ritiene lo scrivente che tale consapevolezza sia stata dimostrata nel processo, oltre ogni ragionevole dubbio, in forma sostanzialmente confessoria attraverso la produzione della corrispondenza inviata dal "capo" della Ligabue (il sig. Giancarlo Ligabue) al "capo" della Festival (il sig. Poulides): si parla della lettera datata 29 maggio 2003 prodotta al n. 19 dalla convenuta.

Vale la pena di trascrivere i passaggi salienti di tale missiva perché raramente è dato di vedere, nelle procedure fallimentari, comunicazioni tanto accorate da rendere *solare* l'evidenza del presupposto soggettivo che qui interessa.

Allegando la scaletta dei pagamenti richiesti, o meglio a questo punto *pretesi* dall'appaltatore dopo aver respinto l'ennesimo piano di rientro di Festival, il sig. Ligabue scrive:

"Ho fatto verificare la Tua proposta telefonica rispetto alle nostre inderogabili necessità dettate dalla pressione delle nostre banche e, purtroppo, devo dirti, caro Giorgio, che non possiamo accettarle. Se Ti scrivo è perché sono arrivato al fondo corsa. Ti ricordo che, ed oggi, dobbiamo ancora incassare tutto il fatturato catering da ottobre 2001 e tutto il fatturato manning da novembre 2002. Ti prego di credermi che non ho più margine di trattativa: se Tu non dovessi accettare questa nostra scaletta di pagamenti che, tutto sommato, non è poi tanto diversa da quella che Tu mi hai proposto telefonicamente, seppure a malincuore, non potrei che prendere atto che, nonostante il mio intervento, non sei disposto a risolvere questa delicata e grave situazione e vedermi costretto a passare la mano ad altri. Aspetto una Tua risposta al più presto. Mi dispiace, Giorgio, ma siamo proprio alla fine della corsa. Io ho fatto il possibile."

Notisi che non si sta parlando di un'impresa che, avendo eseguito un'unica modesta fornitura per Festival, poteva effettivamente avere idee poco chiare sulla solvibilità del debitore e confidare nell'apparato scenico messo in piedi dall'abile e martellante strategia pubblicitaria del Poulides. La lettera in esame va valutata all'interno di un quadro di rapporti economici risalenti, quotidiani, consistenti dal punto di vista delle prestazioni, "strategici" per la prosecuzione dell'attività crocieristica: attività, quest'ultima, nella quale la qualità del servizio catering non è certo l'ultimo dei fattori che orienta scelte e gusti della clientela.

La lettera - in pratica - dice che Ligabue Catering, che ha già tollerato ritardi sistematici ed insopportabili nei pagamenti e piani di rientro mai rispettati, non è più disposta a sopportare questa situazione e pertanto rifiuta l'ultimo incongruo piano di rientro sottopostole dai vertici del gruppo contrapposto: il fornitore è all'ultima spiaggia e sta preparando l'azione giudiziaria ("*vedermi costretto a passare la mano ad altri*"), il che è - a quel punto, dopo le attese sistematicamente deluse - indice inequivoco di precisa consapevolezza della decozione del gruppo Festival e non solo dell'una, piuttosto che dell'altra impresa operativa.

Non è dunque un caso che le parti "a fine corsa" cerchino una via d'uscita accettabile per entrambe, e questa venga trovata e formalizzata meno di un mese dopo nella scrittura del 27.6.2003, nella quale da un lato si registra una riduzione delle pretese economiche di Ligabue, dall'altro viene ridato fiato al gruppo Festival per pagamenti parziali scalettati a scadenze quindicinali.

Questi ultimi pagamenti sono stati in qualche modo onorati, anche se non per l'intero e con la sequenza quindicinale programmata, non già perché si fossero trovate altre risorse finanziarie ma semplicemente perché si sono dirottate al saldo delle tranches previste nell'accordo altre entrate destinate al pagamento dell'intero ceto creditorio, come fatto palese dalla consistenza del disavanzo fallimentare finale.

La dimensione del disavanzo complessivo è anche l'indice del trattamento decisamente preferenziale accordato a Ligabue per il saldo del debito scaduto data la chiara indispensabilità dei rifornimenti e dei servizi da parte dell'impresa elvetica.

Se si tiene presente il trasparente "appello diretto al capo" che l'amministratore di Ligabue inoltra il 29 maggio 2003 all'anima del gruppo Festival, bastano poche note ulteriori per qualificare la piena *scientia decoctionis* ed aggiungere che: la testimonianza Gambolato non costituisce una "prova contraria" di uguale efficacia dimostrativa perché il livello di interlocuzione dell'ex impiegata di Festival con i referenti della Ligabue era limitata ai pari grado amministrativi nell'impresa elvetica e quindi ella può anche aver assecondato direttive dei superiori di non propalare informazioni sulla crisi di liquidità. Nella specie, però, la dimostrazione dei rapporti diretti da cui emerge la *scientia decoctionis* si raggiunge al massimo livello, quello degli organi decisionali (e delle persone fisiche che materialmente li incarnavano) dei due contrapposti gruppi economici;

anche la prosecuzione dei rapporti imprenditoriali fin quasi a ridosso del fallimento non sta a dimostrare nulla di decisivo, perché tale comportamento è anche proprio di chi spera che le sorti dell'impresa decotta possano risollevarsi e comunque Ligabue sapeva che se non proseguiva l'attività della Festival, le prospettive di rientrare di una bella fetta dello scaduto si allontanavano definitivamente. Una strategia che in un primo momento si dimostra pagante, perché dei 9 milioni di debiti arretrati, quasi sette sono stati pagati nell'arco di pochi mesi;

la previsione dell'erogazione di un finanziamento bancario da 10 milioni di euro deciso a fine 2003 da un consorzio di operatori guidato da Unicredit e Carige non era una prospettiva che potesse tranquillizzare un grosso fornitore, il quale doveva piuttosto immaginare che il suo medesimo problema di recupero del credito se lo stesse ponendo con uguali prospettive il mondo bancario, il quale cercava in tal modo con nuova linfa di rivitalizzare il gruppo Poulides per rientrare di ben più consistenti affidamenti precedenti.

mette conto notare che l'iniezione di denaro fresco a fine 2003 non interviene per finanziare nuovi investimenti del gruppo ma per tamponare la crisi di liquidità: è un imprenditore "grosso" ed attrezzato come Ligabue, che aveva una quotidiana relazione con il committente, non poteva acquietarsi fidando nel finanziamento bancario, quando i bilanci dell'ultimo biennio di Festival Crociere Spa - comunque li si vogliano leggere - evidenziavano perdite per rispettivamente 60 e 50 milioni di euro.

In conclusione, per le ragioni esposte e sotto entrambi i profili considerati nella domanda iniziale, devono ritenersi inefficaci i trasferimenti per complessivi euro 6.880.000,00 eseguiti da Festival Crociere Spa in favore della convenuta Ligabue Catering s.a., con conseguente obbligo di restituzione delle somme in questione al Fallimento attore, aumentate degli interessi legali dalla data del fallimento: si rimanda, per la giustificazione della decorrenza, ai puntuali richiami giurisprudenziali della citata sentenza 1261/10 del Tribunale.

Non può invece essere presa in esame l'obiezione di inammissibilità dell'azione revocatoria per effetto di ammissione al passivo della Ligabue, per ragioni processuali e sostanziali. Dal primo angolo visuale, infatti, si tratta di vera eccezione che doveva essere ritualmente introdotta nella fase di trattazione - e poteva essere introdotta per tempo nel processo, visto che l'ammissione al passivo risale al 2005; invece risulta sviluppata solo nella comparsa conclusionale, sulla quale non risulta esservi stata alcuna accettazione di contraddittorio.

Nel merito, l'obiezione esposta non è fondata perché la contemporanea pendenza di procedimento promosso dalla curatela per la reintegrazione della massa attiva fallimentare mediante le azioni revocatorie, ed il ricorso per insinuazione dei destinatari delle indicate azioni al passivo fallimentare, non determina compensazioni o sospensioni di sorta. Giovi il richiamo alla Cassaz., sez. I, 05-07-2000, n. 8978, secondo cui: "*In tema di revocatoria fallimentare, l'obbligo di restituzione dell'importo revocato in favore della massa concorsuale sorge per effetto della sentenza di accoglimento dell'azione revocatoria, e non è compensabile con il credito verso il fallito, essendo, viceversa, accordata, al terzo che abbia subito la revoca (e sempreché abbia restituito quanto dovuto) la facoltà di invocare l'ammissione al passivo fallimentare per il suo eventuale credito (art. 71 l.fall.).*" La decisione odierna è provvisoriamente esecutiva per legge; le spese processuali seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Dichiara il sopravvenuto difetto di legittimazione attiva del Fallimento di Festival Crociere Spa per effetto dell'omologato concordato fallimentare e la legittimazione dell'interveniente Isno 3 s.r.l.

Ritenuta l'assoggettabilità a revocatoria fallimentare dei pagamenti per cui è processo, dichiara i medesimi inefficaci nei confronti dell'assuntore del concordato fallimentare e conseguentemente:

- condanna Ligabue Catering s.a. a restituire all'assuntore concordatario Isno 3 s.r.l. la complessiva somma di euro 6.880.000,00 con interessi legali dal 27 maggio 2004 al saldo effettivo.
- condanna Ligabue a rifondere le spese di lite (... *Omissis*...).

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 12 aprile 2010, n. 432 - Pres. Bonavia - Rel. Di Virgilio - Banco di San Giorgio s.p.a. (Avv. Ghigliotti) c. Ferrovie Nord Milano Esercizio s.p.a. (Avv. ti Bianchi Schierholz e Ivaldi).

PROCEDIMENTO civile - opposizione all'esecuzione - successione di leggi nel tempo.

(Art. 615 c.p.c.)

La sentenza in causa di opposizione all'esecuzione resa tra l'entrata in vigore della L. 24.2.2006, n.52 e la modifica disposta con la L. 18.6.2009, n.69 non è impugnabile.

In materia processuale vale il principio "tempus regit actum", secondo il quale, in caso di sopravvenienza di nuove norme, ciascun atto di ogni serie o fase processuale deve uniformarsi alla disciplina vigente al momento della sua adozione, restando inapplicabile la normativa processuale solo ai procedimenti conclusi, in riferimento ai quali sia stato emanato l'atto conclusivo o sia maturato il termine entro il quale lo stesso doveva essere adottato.

(Conf.: App. Milano, sez. III civ., 9 dicembre 2009 n. 3123, in Giustizia a Milano, 2009, 12, 88 (s.m.))

(... *Omissis*...)

Ragioni di fatto e di diritto della decisione

Il Banco di San Giorgio spa proponeva opposizione avverso il precetto notificato il 7/3/2006, su istanza della Ferrovie Nord Milano Esercizio spa, di pagamento della somma di euro 6488,26, di cui alla condanna alle spese del processo contenuta nella sentenza del Tribunale di Genova, n. 124 del 2006, sostenendo di avere pagato, prima alla controparte l'intero importo, con riserva di ripetizione, attesa l'eccessività degli importi richiesti per le spese vive per richiesta copie sentenza, consultazioni, corrispondenza, per la tassa di registro, per la notifica del precetto, diritti per notifica di precetto, diritti per esame relata di notifica, iva sulla sentenza e sulle competenze esposte in precetto.

L'opposta si costituiva, si opponeva all'opposizione e chiedeva la condanna dell'opponente ai sensi dell'art. 96 c.p.c. La causa veniva istruita con interrogatorio formale del legale rappresentante dell'opponente e audizione di testi sui capitoli ammessi.

Il Tribunale, con sentenza 8 gennaio-14 gennaio 2008, ha accolto parzialmente l'opposizione, confermando l'efficacia del titolo esecutivo per la minor somma di euro 6050,55, ed ha compensato tra le parti le spese.

Ha interposto appello il Banco di San Giorgio spa, dolendosi di errori di fatto della pronuncia, che hanno inciso sulla pronuncia sulle spese di lite, da cui l'erroneità della compensazione.

L'appellata si è costituita, contestando i motivi di gravame ed ha proposto appello incidentale.

Precisate le conclusioni all'udienza del 2/12/2009, la causa veniva trattenuta in decisione previa autorizzazione al deposito degli scritti conclusivi.

In via assolutamente preliminare, occorre rilevare l'inammissibilità dell'appello principale e di quello incidentale, trattandosi di impugnazioni avverso sentenza resa ex art. 615 cpc, depositata in Cancelleria in data 14/1/2008, e per tanto vigente l'art. 616 cpc, nella formulazione assunta a seguito della sostituzione ad opera dell'art. 14 l. 52/2006.

Come è noto, l'art. 616 c.p.c. è stato sostituito dall'art. 14 della legge 24/2/2006, n. 52 (pubblicata sulla G.U. del 28/2/2006, ed entrata in vigore il giorno dopo, secondo quanto previsto dal suo art. 22), che all'ultimo inciso dispone: "La causa è decisa con sentenza non impugnabile".

Il disposto indicato trova immediata applicazione ai processi in corso al momento della sua entrata in vigore, non essendo stata emanata alcuna normativa transitoria per la legge 52/2006, a differenza che per i due primi interventi legislativi di cui alle leggi 980/05 e 263/05, da ciò conseguendo che devono trovare applicazione i principi generali del processo, non potendosi applicare analogicamente la disciplina transitoria siccome normativa di carattere eccezionale.

Va pertanto applicato il principio processuale *tempus regit actum*, ovvero il principio dell'immediata applicabilità della legge processuale, secondo il quale, in caso di sopravvenienza di nuove normative, ciascun atto di ogni serie o fase processuale deve uniformarsi alla disciplina vigente al momento della sua adozione, restando inapplicabile la normativa processuale solo ai procedimenti conclusi, ovvero in riferimento ai quali sia stato emanato l'atto conclusivo o sia maturato il termine entro il quale lo stesso doveva essere adottato.

Tale principio è talmente generale che solo per le questioni di giurisdizione e competenza è prevista esplicita deroga dall'art. 5 c.p.c., da cui trova conferma la natura eccezionale della *perpetuatio iurisdictionis* e l'impossibilità di applicazione analogica.

La normativa in oggetto è stata oggetto di rimessione alla Corte Costituzionale, e la Corte, nella sentenza 53 del 2008, ha ritenuto inammissibile per implausibilità della motivazione sulla rilevanza, la questione di costituzionalità dell'art. 616 ultimo periodo del c.p.c., come sostituito dall'art. 14 legge 52/2006, in riferimento agli artt. 3, primo comma, 24 e 111, secondo comma, Cost.; il Giudice delle leggi ha esplicitamente rilevato a riguardo che il remittente aveva erroneamente escluso che una sentenza emessa prima dell'entrata in vigore della norma censurata, che ne sopprime l'appellabilità, avesse come effetto il mantenimento del regime delle sue impugnazioni, ed ha rilevato che, contrariamente a quanto assunto dai remittenti, in caso di successione di legge ed in mancanza di disciplina transitoria, il regime di impugnabilità dei provvedimenti giurisdizionali desunto dalla normativa vigente quando essi sono venuti a giuridica esistenza, con ciò avallandosi ulteriormente la ricostruzione come sopra operata e già in precedenza assunta da questa Corte.

Quanto alla recentissima modifica dell'art. 616 cpc come disposta l. 69/2009, e che non riporta l'ultimo inciso della norma relativo alla non impugnabilità, deve ritenersi detta norma non applicabile al giudizio de quo, in quanto l'art. 58 della l. 69 cit. ha disposto che le norme modificative del codice di rito trovano applicazione ai giudizi instaurati dopo la data di entrata in vigore della legge, prevedendo altresì l'applicazione di alcune norme specifiche ai giudizi pendenti, tra le quali non è ricompreso l'art. 616 c.p.c. nel nuovo testo, e nel resto, trovano applicazione i principi generali del processo come sopra già esposti, avallati dalla sentenza della Corte Cost. cit., per cui deve ritenersi applicabile il disposto nella nuova formulazione solo per le sentenze rese in primo grado dopo la data di entrata in vigore della recentissima modifica, dovendosi ritenere disciplinato il regime delle impugnazioni dalla normativa vigente alla data di pubblicazione della pronuncia.

Sono pertanto inammissibili l'appello principale e l'appello incidentale, con ciò precludendosi ogni valutazione nel merito. La natura della presente decisione e il rilievo d'ufficio della inammissibilità inducono motivatamente a compensare tra le parti le spese di lite del presente grado del giudizio.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza, deduzione respinta, dichiara l'inammissibilità dell'appello principale proposto dal Banco di san Giorgio spa e dell'appello incidentale proposto da Ferrovie Nord Milano Esercizio spa, avverso la sentenza resa dal Tribunale di Genova, in data 8-14 gennaio 2008, n. 143/2008.

Compensa tra le parti le spese di lite del presente grado del giudizio.

(... *Omissis* ...)

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., ord. 23 aprile 2010 - Pres. e Rel. Sanguolo - Gastaldi & C. S.p.A. (Avv. Sorrentino) c. Axa Assicurazioni S.A. (Avv. Colamartino).

PROCEDIMENTO civile - ricorso per correzione di sentenza presentato oltre l'anno dal deposito della sentenza - obbligo di mandato ad hoc - necessità - nullità del ricorso - sussiste - pronuncia in punto spese processuali - esclusione.

(Art. 288, 3° comma, c.p.c.)

Deve ritenersi nullo per difetto di mandato il ricorso per correzione di sentenza promosso dopo un anno dalla sua pubblicazione, nel quale la parte istante basi il proprio potere rappresentativo sul mandato alle liti a suo tempo rilasciatogli per la procedura poi definita con la sentenza oggetto della istanza di correzione. (1)

Data la natura di procedimento in camera di consiglio di un procedimento di correzione di sentenza non è d'uopo disporre quanto alle spese processuali. (2)

Svolgimento del processo e motivi della decisione

Rilevato

- che la Gastaldi & C. s.p.a. ha chiesto correggersi la sentenza di questa Corte n. 912/1999 pubblicata in data 14/12/1999, emessa in sede di rinvio dalla cassazione nel procedimento n.902/1998, nella parte in cui la parte convenuta in riassunzione è stata indicata quale Winterthur Assicurazioni S.P.A. anziché "Winterthur Assicurazioni S.A.", secondo la tesi di parte ricorrente, per mero errore materiale, rilevabile *ictu oculi*, essendo detta società stata indicata quale incorporante della "Neucheteloise Compagnie Suisse d'assurances Generales", società di diritto svizzero;
- che la controparte ha formulato plurime eccezioni, con riferimento in primo luogo alla carenza di potere rappresentativo in capo al procuratore della ricorrente, che senza essere stato officiato di specifico mandato, ha agito richiamando il mandato in atti, e così, si presume, la procura alle liti conferita per il giudizio di rinvio dalla cassazione, sull'atto introduttivo in data 21/10/1998, donde la nullità e/o inammissibilità del ricorso per correzione, e comunque la propria carenza di legittimazione passiva, e la inapplicabilità, alla fattispecie, della norma invocata, per inesistenza del dedotto errore materiale;
- che parte ricorrente si è difesa quanto al primo rilievo sostenendo che non sarebbe necessaria una nuova procura alle liti, efficace essendo il mandato conferito per la fase di riassunzione, quanto al secondo ordine di eccezioni osservando che nel caso di specie il rilievo della erronea indicazione della società riassumente sarebbe agevolmente superabile con il richiamo della indicazione della società che aveva incorporato la NEUCHATELOISE, individuazione eseguibile sulla scorta delle produzioni in atti;
- che dopo nutrito scambio di memorie la procedura è stata trattenuta in decisione.

Ritenuto

- che il primo dei rilievi da parte resistente è fondato, e che ciò riveste rilievo assorbente quanto alla domanda proposta, giacché nel caso di specie il procuratore di parte attrice trae il fondamento del potere rappresentativo dal mandato alle liti rilasciato sull'atto di citazione in riassunzione, datato 21/10/1998, mandato conferito per la procedura poi definita con sentenza oggetto della istanza di correzione, ormai passata in giudicato da un decennio;
- Che è pur vero che la procedura di correzione costituisce un incidente, di natura amministrativa, inserito all'interno di un procedimento del quale costituisce una fase, sì che, nella generalità dei casi, essa non necessita di una (nuova) procura alle liti (così *ex multis*, ord. Cass. n. 13083 del 17/6/2005), ma è vero altresì che, ai sensi dell'art. 288 c.p.c. comma 3, è espressamente previsto che, ove sia chiesta la correzione di una sentenza dopo un anno dalla pubblicazione, il ricorso e il decreto debbano essere notificati dalle altre parti personalmente, cioè, si reputa, sul ragionevole pre-

supposto che, col decorso del tempo (un anno), sia venuto meno il potere rappresentativo in capo al procuratore;

- Che ragioni di equivalenza nel trattamento delle parti del processo impongono di ritenere che anche il potere rappresentativo del procuratore dell'istante, decorso l'anno dalla pubblicazione della pronunzia, sia caducato;
- Che nel caso di specie ciò comporta quale ineludibile conseguenza la presunzione del *venir meno* del potere rappresentativo in capo al procuratore a suo tempo nominato dalla Gastaldi & C. s.p.a.
- Che da tanto consegue la nullità del ricorso per difetto di mandato;
- Che non è d'uopo disporre quanto alle spese della procedura data la natura della stessa (Cass. n. 11483 dell'1/8/2002).

Visti gli art.287 e seg. c .p.c. dichiara la nullità del ricorso; Nulla per le spese.

(1-2) Correzione della sentenza passata in giudicato e procura alle liti.

Come è noto "*La procura alle liti costituisce il presupposto della validità di instaurazione del rapporto processuale*" (in tal senso Trib. Genova 6 maggio 2008) e il difetto di procura rilasciata dall'attore al proprio procuratore comporta un vizio insanabile del contraddittorio nei confronti dell'attore stesso e la titolarità della posizione processuale direttamente in capo al procuratore che abbia agito in difetto di procura, essendovi quindi un vizio insanabile del contraddittorio nei confronti del soggetto solo nominalmente attore.

Nella specie il ricorso presentato dalla Gastaldi & C. S.p.A. non era munito di procura speciale alle liti ma, nella instanziazione dello stesso si fa riferimento ad una "*procura in atti*", col che si doveva ritenere che la ricorrente si riferisse alla procura a suo tempo da lei rilasciata al proprio difensore a margine dell'atto di riassunzione dinanzi alla Corte d'Appello di Genova, con la quale conferiva appunto il potere di rappresentare la Gastaldi & C. S.p.A. nel procedimento di riassunzione, e nella eventuale fase esecutiva della emananda sentenza favorevole che ne sarebbe scaturita.

Tale procura poteva naturalmente attribuire alla parte istante lo *ius postulandi* anche in relazione ad una eventuale procedura di correzione della emananda sentenza, in quanto il procedimento per correzione di sentenza non introduce una nuova fase processuale, ma è un mero incidente nello stesso giudizio.

Tuttavia una volta passata in giudicato la sentenza, l'unica facoltà che poteva ancora far capo al procuratore nominato con tale procura era quella di mettere in esecuzione la sentenza, essendo la fase esecutiva del giudizio conclusosi con la sentenza volta al concreto conseguimento del risultato ottenuto in fase di merito, mentre, con il passaggio in giudicato della sentenza, nessun'altra facoltà poteva far più capo al procuratore nominato con tale procura, e quindi neppure quella di instaurare un procedimento di correzione della sentenza emessa nel procedimento di riassunzione. E ciò è tanto vero che proprio l'art. 288, 3° comma del c.p.c. stabilisce che "*se è chiesta la correzione di una sentenza dopo un anno dalla pubblicazione, il ricorso ed il decreto debbono essere notificati alla parte personalmente*".

Lo spirito della norma è evidentemente quello che "*dopo un anno dalla pubblicazione della sentenza*", e cioè a sentenza passata in giudicato, è venuto meno il rapporto di rappresen-

tanza sotto il profilo passivo, per cui il ricorso ed il decreto non possono più essere notificati al difensore nominato nel pregresso giudizio, in quanto carente ormai di poteri rappresentativi della parte (Cfr. sul punto: Satta, *Trattato di diritto processuale civile*, parte II°, IV ed., pag. 292, secondo il quale: “nel disaccordo delle parti il giudice fissa l’udienza di comparizione con ordinanza da notificarsi col ricorso al procuratore (se la correzione è chiesta entro l’anno dalla pubblicazione della sentenza), se no alla parte personalmente”).

Se così è, doveva ragionevolmente ritenersi che, analogamente, fosse venuto anche meno il rapporto di rappresentanza sotto il profilo attivo. Conseguentemente, il potere di rappresentanza conferito dalla Gastaldi & C. S.p.A. al proprio procuratore, con la procura stesa a margine dell’atto di riassunzione, (in sede di rinvio dalla Cassazione), dinanzi alla Corte d’Appello di Genova, dopo il passaggio in giudicato della sentenza che aveva definito tale giudizio, doveva ritenersi estinto e, conseguentemente il ricorso per la correzione della sentenza presentato dalla Gastaldi & C. S.p.A. doveva ritenersi nullo per difetto di mandato, anche in base alla regola generale di cui all’art. 1722 c.c.

Alessandro Barca

Corte d’Appello di Genova, sez. II civ., 27 ottobre 2009 - Pres. Sangiuolo - Est. Vidali - X S.r.l. (Avv.ti Roppo e Canepa) c. Società Y e altri (Avv.ti Mauceri, Masetti, Benessia Maccagna e De Mattei).

PROPRIETÀ - sottosuolo - usucapibilità della proprietà disgiunta dalla proprietà del suolo sovrastante.

(Artt. 840 e 1158 c.c.)

PROPRIETÀ - sottosuolo - beni sopravvenuti - usucapibilità - consenso del proprietario - rilevanza.

(Artt. 840 e 1158 c.c.)

USUCAPIONE - mancata opposizione del proprietario - onere della prova - necessità di atti di interversione del possesso - insussistenza.

(Art. 1164 c.c.)

Il concetto della proprietà estensibile usque ad infera deve ritenersi ormai superato in quanto, ove il sottosuolo posseduto costituisca un’entità autonoma e nettamente distinta dal suolo sovrastante, sotto il profilo materiale, funzionale ed economico, in presenza di un possesso pubblico, pacifico e ininterrotto per un periodo di tempo utile al perfezionarsi dell’usucapione, è possibile accertare un tale titolo di acquisto originario della proprietà del bene, disgiunta dalla proprietà del suolo sovrastante.

A questa stregua diventa del tutto secondario stabilire l’esatta profondità dei beni rispetto al livello del suolo dei beni soprastanti, prevalendo l’aspetto funzionale e materiale degli stessi, mentre quello topografico deve soltanto porsi in modo significativo, semplicemente tale da far ritenere la mancanza di un interesse del proprietario e della possibilità una sua gestione diretta (1).

Qualora il bene del sottosuolo sia sopravvenuto, e non preesistente, l’autonomia della funzione, del valore economico e della caratterizzazione materiale del bene non preesistono, ma subentrano al comportamento dei possessori, onde tali requisiti rilevano solo ove a tale forma di utilizzo il proprietario stesso non si sia opposto. In tal caso, il requisito dell’autonomia del bene si risolve anche in

quello del consenso all’acquisizione del carattere autonomo del bene stesso da parte del suo titolare.

Sotto il profilo dell’applicabilità dell’art. 1164 c.c., deve ritenersi che il consenso, o meglio la non opposizione, prestata dal titolare del diritto di proprietà immobiliare al venire in essere di beni autonomi nel suo sottosuolo implichi necessariamente una rinuncia alla signoria su tale espansione del proprio diritto dominicale, tale da non necessitare di ulteriore prova della mancanza di un contrasto da parte del medesimo soggetto all’uso altrui, altrimenti necessaria, ex art. 1164 c.c., ai fini dell’usucapione. Una volta acconsentito il venire in essere di beni autonomi, pur al di sotto del proprio fondo, non potrà validamente presumersi che l’altrui possesso dei medesimi beni sia del tutto accidentale ed abbisogni, per acquisire validità, di una ulteriore, specifica manifestazione di volontà avversa del titolare, tale che il possesso altrui prevalga su siffatta opposizione. E, invero, il requisito dell’autonomia del bene realizzato, una volta comprovata la non opposizione del proprietario del fondo al suo realizzo, torna ad assumere un carattere prevalente ed assorbente su ogni altra considerazione soggettiva. Non è perciò necessaria, a fini probatori, in tale caso, la ricorrenza di atti di interversione nel possesso e di una esplicita opposizione del proprietario, posto che non si può ritenere che quest’ultimo, dopo il suo disinteresse, abbia continuato ad esercitare implicitamente atti di disposizione su di un bene non più a lui riconducibile.

F.BART.

(...Omissis...)

Svolgimento del processo e motivi della decisione

Con rituale citazione del 6-5-1994 la D.M.C. s.r.l. conveniva W. s.s., K. s.s., P. s.p.a. ed il Consorzio per l’Impianto di esercizio di Ascensore in località K. di Portofino nanti il Tribunale di Chiavari esponendo di essere proprietaria di un compendio immobiliare sito nel comune di Portofino comprendente tra l’altro la proprietà denominata Villa Altachiarà, che da un lato confinava con terreno di proprietà della W., quale usufruttuaria e K. quale nuda proprietaria, a loro volta confinanti con un altro fondo, costituito da terreni e fabbricati di proprietà della P. s.p.a.

Il collegamento di dette proprietà con il centro di Portofino è assicurato da una strada comunale con inizio da piazza della Libertà ed in ripida salita conducente alle citate proprietà, nonché da una galleria ad uso esclusivo dei convenuti, facenti parte del consorzio Impianto Ascensore con ingresso in Portofino, piazza della Libertà, al cui interno era stato realizzato un ascensore che conduceva alla proprietà dei convenuti.

Esisteva altresì un viottolo che attraversava la proprietà dell’attrice e conduceva anch’esso alle proprietà dei convenuti. L’attrice esponeva altresì di avere solo recentemente appreso che all’interno della sua proprietà erano stati realizzati tre garages di notevoli dimensioni, con capacità di rimessaggio per tre o quattro veicoli ciascuno.

In conseguenza di ciò essa richiedeva l’accertamento della titolarità dei boxes realizzati ed il riconoscimento di un diritto di passaggio pedonale carrabile nella parti di tunnel di proprietà dei convenuti per poter accedere alle autorimesse; in via subordinata chiedeva l’interramento dei boxes e del tratto di tunnel eseguito nella sua proprietà; deduceva inoltre la necessità di individuare un nuovo tracciato della strada che attraversava il proprio fondo, in sostituzione del viottolo citato, perché eccessivamente penalizzante per l’estrema vicinanza di parte del tracciato a Villa Altachiarà, e divenuto

particolarmente gravoso ai sensi dell'articolo 1068 c.c. Si costituivano i convenuti eccependo l'assenza di interesse dell'attrice ad opporsi alle opere realizzate nel sottosuolo, perché poste a profondità tale da non potersi considerare rilevanti ai fini della lesione del suo diritto dominicale. Eccepevano comunque l'intervenuta usucapione delle opere, realizzate da oltre un ventennio. Relativamente alla modifica del tracciato della servitù di passo, i convenuti contestavano la ricorrenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda. Con sentenza del 27 luglio 2005 il Tribunale di Chiavari respingeva le domande proposte dall'attrice ed, in accoglimento della riconvenzionale proposta dai convenuti, dichiarava che gli stessi erano diventati proprietari per usucapione del tratto di sottosuolo ovvero di galleria e delle autorimesse sottostanti il fondo di proprietà dell'attrice. Condannava la medesima attrice alla rifusione alle controparti delle spese di lite. Avverso tale decisione proponeva appello la soccombente adducendo diversi motivi di gravame. Si costituivano gli appellati chiedendo a loro volta il rigetto del gravame e proponendo appello incidentale. Indi, a seguito di sostituzione del giudice relatore, la causa veniva assegnata in decisione sulle conclusioni prese all'udienza del 16-6-2009. Riteneva il giudice di primo grado che la voluta circostanza per cui l'attrice aveva ignorato, sia all'inizio, sia successivamente, l'esatta collocazione delle opere realizzate dai convenuti, ed in particolare il fatto che esse andassero ad occupare parte del sottosuolo di sua proprietà, era risultata smentita dalle numerose testimonianze assunte. Il proprietario del fondo pervenuto all'attrice non aveva potuto infatti ignorare l'esistenza di lavori così consistenti, che si erano prolungati per oltre due anni, con la parziale occupazione del sottosuolo del suo fondo. Poteva comunque applicarsi alla fattispecie, a fondamento di quanto ritenuto, sempre secondo il primo giudice, anche l'ipotesi dell'accessione invertita. Relativamente, poi, al tracciato alternativo della servitù di passo, era risultata l'impraticabilità dell'esecuzione del tracciato alternativo, a causa della zona impervia interessata, ove il passaggio avrebbe dovuto essere realizzato con pendenze eccessive, terrapieni ed altre opere ostiche, onde la relativa domanda andava rigettata. Col primo motivo di censura DMC rileva di avere ampiamente dimostrato di essere proprietaria della porzione di sottosuolo in cui, a notevole profondità dalla superficie, insistono le opere controverse, come peraltro emerso dalla medesima ctu. Aveva parimenti dimostrato di avere interesse ad opporsi al mantenimento delle stesse, in quanto le autorimesse sono collocate a pochi metri dalla superficie, e dato che in quel punto la collina degrada fortemente, lo spessore del terreno sovrastante è modesto. Rileva infatti come in quella superficie del sottosuolo prima nulla esistesse, e la stessa non fosse da ritenersi, pertanto, usucapibile. Con ulteriore censura rileva come la ctu avesse inequivocabilmente riconosciuto che i tre garages si trovano nel sottosuolo di proprietà di DMC. Si sarebbe invece dovuto dimostrare, a suo dire, la sua effettiva conoscenza della realizzazione delle autorimesse, e non del semplice tunnel, e della loro insistenza nel fondo di sua proprietà, cosa non avvenuta.

Inoltre, era emersa la palese difformità tra il progetto originario e le opere effettivamente realizzate, difformità totale, tale da rendere il possesso ex adverso vantato di carattere clandestino, e dunque inidoneo a fondare la pretesa di intervenuta usucapione.

All'epoca del progetto depositato non risultava, infatti, che la prossima realizzazione di un tunnel di ampliamento dell'accesso al cancello, onde non era a quel momento desumibile la realizzazione di alcun box al suo interno.

Solo nel 1995 era stata inoltrata la richiesta di condono edilizio per la realizzazione delle autorimesse abusive: da ciò doveva dedursi che non fosse in alcun modo emersa la pretesa conoscenza da parte dell'A. della realizzazione dei boxes contestualmente all'esecuzione del tunnel e del relativo ascensore.

Mancherebbe, in ogni caso, sempre secondo l'appellante, la prova che anche quando gli A. avevano occasionalmente utilizzato l'ascensore ricavato nel tunnel, già esistessero le autorimesse, dato che all'inizio la galleria non prevedeva l'accesso carrabile e che la realizzazione dei box non fu contestuale all'installazione dell'ascensore.

Neppure, poi, era stato allegato alcun atto di interversione del possesso idoneo a far decorrere il tempo necessario per poter usucapire i beni.

Dalle testimonianze rese era infatti emerso che l'esecuzione dei lavori prospettati dagli avversari era avvenuta con la tolleranza stessa dell'A., mentre nessun atto di possesso contro il proprietario, che fosse posto in grado di rendersi conto dell'avvenuto mutamento, risulterebbe essere stato esercitato.

Quanto allo spostamento del tracciato della servitù di passo, rileva l'appellante come la sussistenza o meno delle relative autorizzazioni amministrative non avrebbe influenza sul proprio diritto ad ottenere lo spostamento, comunque consentito, nonostante la difficile percorribilità evidenziata dalla ctu.

Ritengono invece gli appellati, anzitutto, sia inammissibile per carenza di interesse l'impugnativa di DMC circa il capo della sentenza che aveva riguardato il dichiarato acquisto per usucapione da parte degli appellati dei boxes sottostanti la proprietà DMC per prestata acquiescenza alla diversa statuizione della sentenza che aveva dichiarato l'intervenuto acquisto da parte degli appellati del tunnel sottostante la stessa proprietà. Risulterebbe infatti pacifico che le tre autorimesse controverse siano state ricavate utilizzando uno slargo creato durante la realizzazione del tunnel, quali sue pertinenze. Non essendosi impugnata la parte di sentenza che aveva statuito che il tunnel era stato usucapito, sarebbe divenuta incontrovertibile anche quella parte della decisione che riguardava le pertinenze del predetto tunnel.

Rilevano poi, nel merito, come risulti ammessa dal nostro ordinamento la possibilità di frazionamento della proprietà fondiaria per piani orizzontali, allorquando le attività si svolgano a profondità tale che il proprietario non abbia interesse ad escluderle.

Nel caso di specie, allora, non sarebbe stato dimostrato che DMC fosse proprietaria di quella porzione di sottosuolo in cui, a notevole profondità, insistevano le opere controverse, né di avere un interesse ad opporsi al mantenimento delle stesse.

Essa non aveva infatti mostrato alcun interesse allo sfruttamento di un sottosuolo da cui non aveva alcuna possibilità di accesso alla via pubblica, e che si trovava a circa 40 mt. di profondità dalla sua proprietà superficaria.

Quanto al secondo motivo d'appello, rilevano come la disponibilità dei boxes non potesse considerarsi clandestina, ma anzi fosse certamente nota a DMC sin dalla data della

loro realizzazione, risalente al 1970-1971. Risulterebbe infatti dai medesimi documenti prodotti che la realizzazione dei boxes risalisse a quell'epoca, così come i testi escussi avevano confermato che la galleria, l'ascensore ed i boxes erano già stati completati entro il 1971, e che gli stessi conti A. ne avevano occasionalmente fruito.

In relazione al terzo motivo d'appello, rilevano poi come nella fattispecie non sia ravvisabile alcuna necessità di interversione nel possesso, dovendosi tenere distinta la proprietà del suolo da quella delle opere nel sottosuolo.

Anche la avversa domanda di costituzione di servitù coattiva per il passaggio di accesso ai boxes sarebbe infondata, non essendo accoglibile il presupposto del preventivo accertamento della proprietà in capo all'attrice del tratto di galleria in discussione; rilevano poi come, in ogni caso, il fondo di proprietà DMC abbia comunque un comodo accesso alla via pubblica del tutto autonomo.

Anche la domanda inerente il pagamento di indennità per il pregresso uso dei beni sarebbe infondata, in assenza dei requisiti per la rivendica, e comunque inaccoglibile nei termini della prescrizione quinquennale.

Parimenti inaccoglibile sarebbe la pretesa di interrimento del tratto di galleria e dei boxes, sia perché controparte aveva prestatato acquiescenza alla statuizione che aveva dichiarato acquisito per usucapione il medesimo tratto di galleria, sia perché controparte non potrebbe avere interesse ad ottenere la demolizione di opere che non erano mai state di sua proprietà. Relativamente alla domanda di spostamento della servitù rilevano inoltre come sarebbe comunque necessario il consenso del terzo interessato dal tracciato alternativo, e come DMC non abbia individuato un tracciato alternativo che si sviluppi tutto sul proprio fondo.

Insistono poi nell'appello incidentale inerente l'eccezione preliminare di carenza di interesse di DMC alla rivendica della proprietà delle opere in oggetto ai sensi dell'articolo 840 comma secondo c.c.

Insistono anche nel secondo motivo di appello incidentale, avendo richiesto il rigetto dell'avversa pretesa inerente l'accessione invertita, in quanto l'occupazione de qua era avvenuta in buona fede e senza l'avversa opposizione.

Questi i principali argomenti delle parti.

Quanto agli elementi obiettivi raccolti nel corso del giudizio di primo grado, va anzitutto, richiamato l'esito della ctu svolta. Essa ha in primis stabilito che i fondi delle parti convenute K. e P. sono raggiungibili con comodità per mezzo della strada privata carrabile, che attraversa la proprietà dell'attrice; i fondi delle medesime convenute sono anche raggiungibili a piedi, attraverso un viottolo pubblico che si presenta scosceso e di difficile percorribilità, a causa del fondo sconnesso su cui si alternano terra e sassi.

Detti fondi risultano anche serviti da un ascensore che permette un rapido e facile accesso alle abitazioni, nonostante gli oltre 70 mt. di dislivello. Per accedere all'ascensore era stato scavato un tunnel a quota strada che da piazza Libertà conduce al vano corsa. Tale vano si trova sul terreno di proprietà K.

Il tunnel, invece, è collocato per un tratto di circa 45 mt. nel sottosuolo di proprietà dell'attrice, mentre per il tratto iniziale, di circa 37 mt., si trova nel sottosuolo di proprietà di terzi; la parte terminale e l'ascensore risultano nel sottosuolo di proprietà K. I tre garages cui si accede per mezzo del tunnel, in particolare, sono risultati collocati nel sottosuolo di proprietà di parte attrice.

Paiono, anzitutto, esaustive a questa stregua le risultanze dell'elaborato peritale e degli altri elementi documentali raccolti,

onde non appare necessario farsi luogo ad alcun supplemento di istruttoria, neppure a quelli richiesti dall'appellante.

Dall'analisi della ctu, compiuta dettagliatamente, seguendo un metodo appropriato e competente, possono desumersi due elementi incontrovertibili, in sé obiettivamente riscontrati.

Il primo è che i tre garages realizzati insistono tutti in un terreno che si estende nel sottosuolo di proprietà dell'appellante DMC. Il secondo è che essi distano dalla superficie del medesimo terreno diverse decine di metri, si assume circa 40 (l'ascensore è posto ad 81 mt. dal livello del mare ed a 70 mt. di dislivello dalle proprietà K. e P., e dunque i garages non potrebbero certo esser collocati a pochi metri di dislivello dalla contigua proprietà DMC, seppure la collina in quel punto degradi, dato che per raggiungerli è comunque necessario percorrere ben mt. 37 di galleria). L'entità del dislivello, comunque di una certa consistenza, è però un dato in parte controverso, attese alcune deposizioni testimoniali (la teste R. ha raccontato che durante i lavori vi era stato un cedimento, ed era stato facile rilevare che lo spessore del terreno soprastante era modesto).

Si tratta, in ogni caso, una volta acquisito il dato obiettivo per cui un certo dislivello comunque intercorra tra il suolo e le opere, di un elemento irrilevante, alla luce della considerazioni che si faranno in appresso circa l'autonomia dei beni realizzati.

Deve in primis venire quindi analizzato l'aspetto inerente l'usucapibilità di tali beni, che ha formato oggetto del profilo di accoglimento della domanda in primo grado.

Va ricordato, anzitutto, in proposito che con la sentenza di primo grado gli appellati sono stati dichiarati proprietari per usucapione di quel tratto di sottosuolo, ovvero "del tratto di galleria e delle autorimesse sottostanti".

Quel che rileva è dunque la statuizione del giudice, anche se l'appellante ha evidenziato che la domanda per la pretesa titolarità del tunnel che consente l'accesso alle autorimesse non sarebbe mai stata da sé formulata.

Con l'impugnazione principale DMC ha comunque proposto una domanda petitoria relativamente ai soli boxes, mentre ha richiesto l'accertamento del diritto di passaggio pedonale e carrabile nel tunnel nella titolarità dei convenuti, al fine di poter accedere a detti garages.

Da tale rilievo parte appellata ritiene poter far derivare la subentrata rinuncia alla domanda di accertamento della proprietà concernente la galleria: in effetti, le specifiche ed articolate censure formulate in atto d'appello riguardano solo i garages, e la richiesta del riconoscimento della mera servitù di passo attraverso la galleria sembra organica e funzionale a tale impostazione, ciò a prescindere da qualsiasi riferimento alla presunta rinuncia alla domanda per il tunnel, che si ritiene non sussista, non essendo mai stata formulata, né abbia comunque rilevanza.

In questo senso si rivela pertanto infondato il primo motivo di censura, inerente la carenza di interesse dell'appellante.

Quel che forma oggetto della controversia è, quindi, la pretesa di acquisto per prescrizione acquisitiva dei soli tre boxes, e perciò, in primis, la loro usucapibilità.

Deve, allora, ritenersi ormai superato in merito il concetto della proprietà estensibile usque ad infera poiché, per interpretazione univoca e costante, si ritiene che, ove il sottosuolo posseduto costituisca una entità autonoma e nettamente distinta dal suolo sovrastante, sotto il profilo materiale, funzionale ed economico, in presenza di un possesso pubblico, pacifico e ininterrotto per un periodo di tempo utile al perfezionarsi dell'usucapione, essendo possibile accertare un tale titolo di acquisto originario della proprietà del bene, disgiunta dalla proprietà del suolo sovrastante.

A questa stregua diventa del tutto secondario, perciò, stabilire l'e-

satta profondità dei beni rispetto al livello del suolo dei beni soprastanti, prevalendo l'aspetto funzionale e materiale degli stessi, mentre quello topografico deve soltanto porsi in modo significativo, semplicemente tale da far ritenere la mancanza di un interesse del proprietario e della possibilità una sua gestione diretta, come avviene senza dubbio nel caso in oggetto, ove per realizzare i beni si operò uno scavo certamente profondo e consistente.

A fronte dell'autonomia funzionale, materiale ed economica, ben poco rileva dunque la collocazione dell'immobile ricavato, o la facilità delle opere di escavazione in relazione alle caratteristiche del terreno, come sostenuto da parte appellante, purchè, ovviamente, non si tratti di una erosione così irrisoria da far ritenere il bene ancora collegato funzionalmente in misura assoluta o prevalente al soprasuolo.

Si veda in proposito Cass. n. 24302/2006 : " Atteso che già sotto il vigore del codice civile del 1865 era da ritenersi legittimo il frazionamento della proprietà del suolo rispetto a quella relativa al sottosuolo (e al soprasuolo) e premesso che, secondo il codice vigente, il proprietario del suolo non può opporsi ad attività che si svolgano a profondità tale che egli non abbia interesse ad escludere, deve ritenersi ammissibile l'acquisto a titolo originario, per effetto del possesso utile all'usucapione, della proprietà di una grotta - costituente entità autonoma sotto il profilo materiale e funzionale - disgiunta dalla proprietà del suolo sovrastante." (conforme Cass. n.5130 /1986).

Sotto tale profilo, però, dovrà ulteriormente distinguersi l'aspetto dell'autonomia funzionale del bene in sé, come nel caso della grotta esaminato dalla giurisprudenza citata - grotta che evidentemente era lì da sempre, ed era del tutto avulsa dall'uso del terreno soprastante- dall'autonomia funzionale di un bene per così dire sopravvenuto.

In questo caso, infatti, l'autonomia della funzione, del valore economico e della caratterizzazione materiale del bene non preesistevano, ma sono subentrate al comportamento dei possessori, onde tali requisiti rilevano solo ove a tale forma di utilizzo il proprietario stesso non si sia opposto.

In casi come quello in oggetto, cioè, il requisito dell'autonomia del bene si risolve anche in quello del consenso all'acquisizione del carattere autonomo del bene stesso da parte del suo titolare. Ciò importa che l'analisi di tale specifico aspetto della controversia refluiscia anche sotto l'ulteriore profilo sollevato, quale terzo motivo di gravame, in relazione all'applicabilità dell'art. 1164 c.c., ciò in quanto deve ritenersi che il consenso, o meglio la non opposizione, prestata dal titolare al venire in essere di beni autonomi nel suo sottosuolo implica necessariamente una rinuncia alla signoria su tale espansione del proprio diritto dominicale, tale da non necessitare di ulteriore prova della mancanza di un contrasto da parte del medesimo soggetto all'uso altrui, altrimenti necessaria, ex art. 1164 c.c., ai fini d'usucapione .

Deve infatti ritenersi che, una volta acconsentito il venire in essere di beni autonomi, pur al di sotto del proprio fondo, non potrà validamente presumersi che l'altrui possesso dei medesimi beni sia del tutto accidentale ed abbisogni, per acquisire validità, di una ulteriore, specifica manifestazione di volontà avversa del titolare, tale che il possesso altrui prevalga su siffatta opposizione. Va osservato di conseguenza che non pare perciò necessaria a fini probatori, in tale caso, la ricorrenza di atti di interversione nel possesso e di una esplicita opposizione del proprietario, posto che non si può ritenere che quest'ultimo, dopo il suo disinteresse, abbia continuato ad esercitare implicitamente atti di disposizione su di un bene non più a lui riconducibile.

Va inoltre ancora stabilita, essendosi sollevata la questione, la natura dei beni stessi, se, cioè, le autorimesse siano state costruite

occupando uno slargo realizzato durante l'esecuzione dei lavori per la realizzazione del tunnel, e dunque possano considerarsi sue pertinenze, oppure no.

In realtà, le caratteristiche intrinseche di tali boxes, quali spazi cintati, ben delimitati e chiusi da una apposita saracinesca (serrende metalliche basculanti), ne fanno un bene del tutto autonomo e diverso dal semplice allargamento del tracciato del tunnel.

Non si tratta, infatti, di semplici slarghi, bensì di locali autonomi, come mostrano le foto stesse, che insistono su di un medesimo passaggio.

Dovrà dunque comprovarsi nella fattispecie l'avvenuta usucapione, specifica, di detti beni immobili, a prescindere dalla condizione della galleria, peraltro, come si è visto, sottratta al devoluto di questo grado.

Pur dovendosi escludere, dunque, la pertinenzialità dei locali alla galleria, va peraltro fin d'ora posto in luce il fatto che i boxes si aprono sul suo tracciato e, come rilevabile dalla planimetria allegata alla ctu, proprio nella sua parte iniziale (la galleria prosegue poi per altri 85 mt.).

Il passaggio del tunnel, infatti, si estende davanti all'ingresso dei garages e prosegue poi verso il fondo, ove è collocato l'ascensore.

Per raggiungere l'ascensore è perciò inevitabile passare davanti ai boxes.

Dovendosi quindi stabilire l'epoca della ultimazione dei garages, da cui far decorrere il termine per la prescrizione acquisitiva, dato per pacifico il possesso dei boxes da parte degli appellati, si osserva che effettivamente risultano essere plurimi gli elementi documentali da cui poter desumere univocamente tale circostanza.

Le licenze per la realizzazione del tunnel risalivano infatti al 1968 , il verbale di approvazione delle spese di realizzo, con l'assegnazione in uso dei box ai consorziati, all'agosto del 1970, e l'esecuzione finale del relativo appalto anch'essa all'agosto 1970. Lo stesso libretto di immatricolazione dell'ascensore risale all'11 maggio 1970 ed i documenti allegati alla domanda di condono, volta proprio ad ottenere sanatoria per la realizzazione in corso d'opera dei box contestati, individuano come data di ultimazione degli stessi il 1971 (in essi si dichiara che i locali erano stati realizzati contestualmente ai lavori di costruzione della galleria, autorizzati nel 1968 : la circostanza pare plausibile, attesa la presenza all'epoca di tutti i mezzi ed il materiale occorrente, ed il successivo sgombrò dello slargo provvisoriamente realizzato per il ricovero delle attrezzature, e posto altresì che l'epoca del progetto fu senza dubbio successiva, essendo stato predisposto molto più tardi per ottenere la sanatoria).

Anche i testi escussi B., R., C. e B. hanno univocamente confermato che le opere erano state completate tutte entro l'anno 1971.

Il geometra A. aveva d'altra parte confermato che, non appena insediatosi in comune, nel 1975, effettuando un sopralluogo, aveva rilevato che tutte le opere in oggetto si trovavano già realizzate.

Essendosi dunque comprovato obiettivamente, a mezzo di diversi elementi significativi ed univoci, il fatto che la galleria, ed anche i box, esistessero fin dai primi anni '70, e che sia decorso dalla realizzazione dei box il termine di legge utile per l'usucapione prima che la presente azione fosse proposta, deve quindi affrontarsi l'ulteriore profilo probatorio inerente la conoscenza che l'A., quale amministratore di DMC, avesse potuto avere dell'esistenza di boxes stessi, oltre che della galleria, e la sua non opposizione, sotto l'aspetto sopra evidenziato, al loro realizzo o mantenimento.

A ciò soccorrono nuovamente le deposizioni raccolte.

In particolare, infatti, la teste R. ha riferito che nei primi anni '70 i conti A., invitati presso la loro proprietà (W.-K.), avevano percorso l'intera galleria per utilizzare l'ascensore e raggiungere la loro abitazione.

La teste R. aveva inoltre riferito che "DMC era stata richiesta di partecipare alla costruzione delle opere per lo scavo del tunnel previa informativa sui lavori da eseguire...l'A. in diverse occasioni rispose di non avere interesse in tal senso, pur non opponendosi".

Tale affermazione pare di significato del tutto univoco, e non potrà quindi venire inficiata, come vuole l'appellante, dalla successiva affermazione della medesima teste, secondo cui l'A. ed i fratelli "non intendevano intervenire in una spesa che per loro, almeno al momento, non presentava interesse".

Giova evidenziare in proposito che l'inciso "almeno al momento", cui più volte si richiama l'appellante, appare comunque riferibile alla mancanza di interesse attuale, accompagnato ad un diniego assoluto alla partecipazione. Sempre la stessa teste aveva d'altronde in precedenza specificato, come si è visto, che più volte il medesimo A. aveva escluso il proprio interesse, pur non opponendosi ai lavori.

Anche la teste C. A. ha confermato di aver avuto occasione nei primi anni '70 di salire in compagnia del conte A. verso la galleria utilizzando l'ascensore.

Il teste geometra B. ha confermato in particolare di avere illustrato al conte A. nel 1969 la possibilità di realizzare un pozzo per un ascensore che avrebbe avuto accesso dalla galleria alla sua sovrastante proprietà, proprio in corrispondenza di quello slargo ove successivamente vennero realizzati i box; il conte, però, aveva manifestato disinteresse a tale operazione, perché a quell'epoca la villa non veniva abitata.

Ed allora, il fatto stesso che i proprietari del fondo all'epoca avessero rifiutato di partecipare ai lavori, perché al momento non vi avevano interesse, dimostra proprio la loro mancanza di interesse ad opporsi alle opere da realizzarsi, e la loro totale acquiescenza alla disponibilità delle stesse da parte di altri.

Gli atti manifestati dal proprietario furono, infatti, nel caso, di vero e proprio assenso alla realizzazione delle opere, dato che molti testi hanno riferito che gli A., interpellati per partecipare, avevano ritenuto di non intervenire, non sapendo quale destinazione dare in allora alla villa e giudicando l'operazione antieconomica, pur non opponendosi ai lavori. L'esclusione all'opposizione va ritenuta dunque radicale ed assoluta, ed in nessun modo, quindi, revocabile, né modificabile nel tempo per quanto stabilmente conseguibile.

È infatti la non opposizione iniziale, e non già la mancanza di interesse persistente, l'elemento psicologico che deve ricorrere, come si è visto sopra, in relazione al venire in essere del bene.

Che poi con i lavori si fosse realizzato sotto il fondo di DMC un tunnel, uno slargo ovvero dei garages, nulla muta in termini di espressa mancata opposizione alla realizzazione in via autonoma di beni diversi, posto che detto consenso venne prestato in via preventiva e globale, senza necessità alcuna di una sua puntuale reiterazione per ogni atto dispositivo che si andasse a compiere. Il requisito dell'autonomia del bene realizzato, una volta comprovata la non opposizione del proprietario del fondo al suo realizzo, torna, cioè, ad assumere un carattere prevalente ed assorbente su ogni altra considerazione soggettiva.

È mancata, perciò, nel caso, l'opposizione al venire in essere dei beni stessi, prima che al loro utilizzo, il che consente di far ritenere provato un utile possesso e, come si è già visto, superflua la prova di ulteriori manifestazioni di aversità contro il subentrato possessore.

Sempre in relazione alla cognizione dell'esistenza dei box da parte dell'A. vale ancora l'ulteriore considerazione per cui l'ingresso della galleria è collocato nella piazza Libertà, piazzetta ed unica e principale via di accesso al borgo di Portofino.

Si tratta, quindi, di un ingresso che non può certo passare inosservato per le sue dimensioni e caratteristiche. Attraverso questo ingresso passano le auto destinate a raggiungere i box interni.

Ne deriva che tale passaggio non potesse certo, nel corso di un così lungo arco di tempo, mantenersi ignoto ai frequentatori, dovendosi tener conto del fatto che l'accesso al borgo è pedonale.

Il transito di un automezzo costituisce un fatto del tutto eccezionale, autorizzato in casi limitatissimi, e che certo non passa inosservato.

In questo caso il transito di un automezzo, già di per sé inusitato, si accompagna al suo palese indirizzarsi verso il fronte roccioso della via, all'interno di una galleria.

Ebbene, un tale passaggio non poteva che venire notato da tutti gli usuali abitanti del borgo, e tra questi anche dagli A. stessi, secondo la media diligenza riscontrabile.

D'altra parte, poi, il transito di alcune auto verso la galleria, reso visibile a tutti, non poteva che far intendere che all'interno di essa le stesse potessero venire anche ricoverate.

Al di là di questa esauriente considerazione logica, conseguente a massime di comune esperienza, che induce a far ritenere che l'amministratore di DMC non potesse ignorare la circostanza della presenza di garages all'interno del tunnel, vale poi ulteriormente a fini probatori la cognizione diretta e personale che del fatto ebbe senza dubbio il medesimo conte A. in forza dei contatti avuti con i soggetti che hanno reso testimonianza.

Si è visto infatti che, pacificamente, lui stesso aveva usufruito più volte dell'ascensore posto all'interno della galleria. In questo modo fu anche messo in grado di avere contezza del fatto che vi fossero stati realizzati dei boxes, dato che si è già visto come all'epoca del suo passaggio anche la costruzione dei garages fosse ormai terminata.

Evidenziato il fatto che per raggiungere l'ascensore è inevitabile transitare davanti all'accesso dei box, ne deriva che, necessariamente, l'amministratore di DMC avesse avuto coscienza della presenza di alcuni locali adibiti a garage lungo il percorso della galleria, sconfessandosi così l'elemento della clandestinità del possesso, addotta da DMC.

Tutto ciò consente di far superare anche l'obiezione per cui il progetto originario, conoscibile da parte dell'A., non prevedesse le opere- i garages- effettivamente realizzate e poi condonate, e che ciò fosse stato realizzato poi a sua insaputa.

Né può valere a scongiurare tale emergenza la deposizione del teste R., che ha riferito solo di circostanze de relato, così come il teste C. Si rileva poi che la tesi secondo cui la realizzazione dei box seguì di molto il termine dei lavori, e fu realizzata dopo che l'A. ebbe modo di attraversare la galleria, non trova fondamento alcuno, a fronte delle emergenze probatorie sopra citate, tutte convergenti e di segno opposto.

Inoltre, la semplice ammissione, da parte della difesa degli appellati, del fatto che prima venne realizzato uno slargo per la movimentazione ed il ricovero di mezzi meccanici, e che poi esso venne trasformato in garages, nulla dimostra circa i tempi di tale trasformazione, che ben avrebbe potuto essere avvenuta, come desumibile da quanto riferito dai testi, con grande consequenzialità e sempre nei primi anni '70.

D'altra parte, ancora, va ritenuta adeguatamente dimostrata la circostanza per cui il conte A. avesse consapevolezza del fatto che i boxes insistevano proprio sotto la sua proprietà, perché non si spiegherebbe altrimenti il tenore dell'interlocuzione col geom.

B. e la sua non opposizione alla realizzazione delle opere. Tutte tali considerazioni impongono pertanto il rigetto del gravame.

L'infondatezza dell'impugnazione assorbe le altre questioni sollevate e le connesse domande ulteriori e subordinate, in primis quella per il riconoscimento della servitù di passo nel tunnel.

Del tutto irrilevanti sono poi le questioni inerenti la c.d. accessione invertita, accennata dal primo giudice, e che non si attaglia certo al caso di specie, essendo stata invocata dai convenuti possessori, mentre essa giova al solo proprietario.

Quanto, poi, alla domanda per lo spostamento del tracciato della servitù di passo pedonale, va ricordato che il primo giudice aveva in merito richiamato l'esito della ctu svolta, secondo cui il tracciato alternativo era risultato impraticabile per l'area impervia in cui doveva essere realizzato, il che escludeva la ricorrenza della disciplina di cui all'art. 1068 c.c.

Va invero osservato che l'art. 1068 cod. civ. subordina la possibilità del trasferimento di una servitù prediale in un luogo diverso o su un fondo diverso da quello originario alla duplice condizione che l'originario esercizio sia divenuto più gravoso per il fondo servente, ovvero impedisca al proprietario di questo di fare lavori, riparazioni o miglioramenti, e che venga offerto al proprietario del fondo dominante un luogo egualmente comodo (vedi Cass. n. 20204/2004).

Dovendosi escludere, allora, la ricorrenza di tale pari comodità, attese le univoche risultanze della ctu, pare nuovamente corretta la decisione del primo giudice.

Anche tale motivo di gravame va pertanto respinto.

Le spese seguono la totale soccombenza e vanno liquidate secondo i tariffari vigenti.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando:

- Respinge l'appello;

(... *Omissis*...)

(1) Nota redazionale

La pronuncia è pubblicata in www.altalex.it, con nota di G.M. GALLO, *Sull'evoluzione dell'istituto della proprietà: un caso di usucapione del sottosuolo*. In giurisprudenza, cfr. Cass., 15 novembre 2006, n. 24302, in *Giust. civ.*, Mass. 2006, 11, richiamata in motivazione, con la quale si è ritenuto «ammissibile l'acquisto a titolo originario, per effetto del possesso utile all'usucapione, della proprietà di una grotta - costituente entità autonoma sotto il profilo materiale e funzionale - disgiunta dalla proprietà del suolo sovrastante». In dottrina, sul tema, cfr. il lavoro monografico di C. Tenella Sillani, *I limiti verticali della proprietà fondiaria*, Milano, 1994; G. Abignente, *La proprietà del sottosuolo*, Roma, 1988; A. Di Fortunato, *La disciplina del sottosuolo nel libro della proprietà del nuovo codice civile*, Roma, 1941.

Francesca Bartolini

Tribunale di Tortona, 7 maggio 2010, Giudice Unico Polidori - Campi c. Banca Regionale Europea S.p.a.

SUCCESSIONE ereditaria - scoperta di testamento olografo a oltre dieci anni dall'apertura della successione - decorrenza del termine di prescrizione per il chiamato - dies a quo - pubblicazione del testamento.

(Artt. 480, 2935, 2941 n. 8 c.c.)

Secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 480 e 2935 c.c., quando, per mezzo di testamento olografo rinvenuto a più di dieci anni dall'apertura della successione, viene chiamato all'eredità chi in precedenza non era stato chiamato in forza di altro titolo, ai fini della decorrenza della prescrizione decennale del diritto di accettare l'eredità è necessario che la vocazione testamentaria sia oggettivamente conoscibile da parte del chiamato all'eredità (nella specie, il Tribunale ha considerato la vocazione testamentaria conoscibile dalla data di pubblicazione del testamento olografo).

(... *Omissis*...)

Svolgimento del processo

In data 15.1.2008 Campi Enrico e Campi Valentina depositavano davanti al Tribunale di Tortona ricorso per opposizione di terzo *ex art.* 619 cpc nell'esecuzione recante il n. R.G.E. 45/2007, promossa dalla Banca Regionale Europea S.p.a. contro Campi Silvano: i ricorrenti chiedevano la sospensione dell'esecuzione 45/2007 e, nell'ambito di essa, che fosse dichiarata l'inefficacia del pignoramento, notificato in data 26.7.2007 sulla piena proprietà dei beni intestati all'esecutato, oggetto dell'esecuzione forzata e meglio indicati nelle conclusioni riportate in epigrafe, poiché con testamento olografo dell'avo paterno Campi Pietro, ritrovato in tempi recenti e pubblicato in data 19.12.2007, era stata devoluta agli istanti, quale eredità da questi accettata, la nuda proprietà di tali beni.

Parallelamente, in data 14.2.2008 gli stessi Campi Enrico e Campi Valentina provvedevano altresì a depositare ricorso per opposizione di terzo *ex art.* 619 cpc anche nell'esecuzione recante il n. R.G.E. 44/2007, riunita a quella recante il n. R.G.E. 31/2008, promossa dalla Banca Regionale Europea S.p.a. contro Coscia Adelma e Campi Silvano: i ricorrenti chiedevano la riunione delle due opposizioni di terzo proposte, la sospensione anche dell'esecuzione 44/2007, riunita alla 31/2008, nonché, nell'ambito due procedure esecutive riunite, che fosse dichiarata l'inefficacia del pignoramento, notificato in data 26.7.2007 sulla piena proprietà dei beni intestati per il 50% a Coscia Adelma e per il 50% a Campi Silvano, il tutto questa volta con riferimento al bene, oggetto dell'esecuzione forzata, sito nel Comune di Tortona, censito al Catasto Terreni al Fg. 96, mappale 26, poiché con il testamento olografo dell'avo paterno Campi Pietro, già richiamato, era stata devoluta agli istanti, quale eredità da questi accettata, anche la nuda proprietà di tale bene, quanto alla quota del 50% di Campi Silvano.

Le istanze sospensive venivano discusse, rispettivamente, alle udienze del 26.2.2008 e del 18.3.2008, nel corso delle quali si costituiva la B.R.E., instando per il rigetto delle domande di sospensione delle esecuzioni.

Con due distinte ordinanze del 26.3.2008, il Giudice dell'Esecuzione riteneva peraltro prescritto il diritto dei ricorrenti di accettare l'eredità di Campi Pietro e rigettava le istanze sospensive; quindi, rimetteva le parti per la trattazione del merito all'udienza del 18.6.2008 innanzi al Giudice Istruttore, previa iscrizione delle cause sul ruolo.

Contro le due ordinanze del 26.3.2008, sopra indicate, i ricorrenti proponevano reclamo *ex art.* 669 *terdecies* cpc e, in riforma dei provvedimenti adottati dal Giudice dell'Esecuzione, con ordinanze del 30.5.2008 il Collegio sospendeva le procedure esecutive pendenti, nell'ambito delle quali erano nate le opposizioni di terzo *ex art.* 619 cpc.

Per la trattazione del merito venivano iscritte a ruolo le due distinte cause recanti i nn. R.G. 363 e 364/2008, le quali venivano riunite alla prima udienza del 18.6.2008.

Espletati gli incumbenti di cui all'art. 183 cpc e precisate le conclusioni all'udienza del 3.2.2010, il Giudice Istruttore conce-

deva alle parti i termini di cui all'art. 190 cpc per il deposito degli scritti conclusivi.

Le cause riunite venivano quindi trattenute in decisione.

Motivi della decisione

1. - In via preliminare, va dichiarata la contumacia dei convenuti Campi Silvano e Coscia Adelma, entrambi notificatari dei ricorsi ex art. 619 cpc, ma non costituitisi né nelle fasi relative alla decisione sulla sospensione delle esecuzioni, né nelle cause riunite iscritte al ruolo degli affari contenziosi civili.

2. - Nel merito, la vicenda da cui hanno tratto origine le opposizioni di terzo può essere così riassunta: la Banca Regionale Europea aveva instaurato davanti a questo Tribunale i procedimenti esecutivi recanti i nn. R.G.E. 44 e 45/2007, aventi ad oggetto una serie di beni - fabbricati e terreni -, posti nel Comune di Tortona, intestati - alcuni per l'intero e altri per la quota del 50% - a Campi Silvano, debitore esecutato, il quale li aveva ricevuti *ab intestato* dal proprio genitore Campi Pietro, morto il 4.11.1990; senonché, nel 2007 veniva rinvenuto un testamento olografo con cui il *de cuius* Campi Pietro istituiva eredi della nuda proprietà di detti beni i nipoti Campi Valentina e Campi Enrico, mentre solo l'usufrutto su tali cespiti rimaneva a Campi Silvano; i nudi proprietari istituiti accettavano l'eredità; chiedevano, pertanto, che fossero prima sospesi e poi dichiarati inefficaci i pignoramenti avviati dalla Banca Regionale Europea contro Campi Silvano, su beni di cui questo, in base al testamento olografo rinvenuto, risultava soltanto usufruttuario; la banca procedente, in senso opposto, osservava che, essendo decorsi più di dieci anni dall'apertura della successione, il diritto di accettare l'eredità per Campi Valentina e Campi Enrico si era comunque prescritto.

3. - La questione giuridica da risolvere nella presente causa si rivela proprio attraverso la difesa della banca procedente, quando sostiene che il diritto di accettare l'eredità dei ricorrenti si è già prescritto: si tratta di individuare, infatti, da quando decorre il termine di prescrizione di cui all'art. 480 cc.

Al riguardo, può osservarsi quanto segue.

Nel nostro ordinamento vige il principio per cui la delazione ereditaria è unica e simultanea, poiché essa opera sin dal momento dell'apertura della successione per tutti i chiamati.

Chiare sono le implicazioni di questa premessa: chi, ad esempio, ha già accettato in qualità di chiamato *ex lege*, ove venga successivamente rinvenuto un testamento che a sua volta lo investiva della qualità di erede (anche se per una quota diversa), non è tenuto ad accettare nuovamente l'eredità, ma acquista quanto gli spetta in forza dell'unica accettazione (Cass. 12575/2000); chi, per converso, rinuncia alla chiamata testamentaria non può poi pretendere di accettare quella derivante dalla legge (Cass. 2609/1972).

Quanto specificamente all'art. 480 cc, l'unicità e la simultaneità della delazione ereditaria portano a dire che la prescrizione decorre dal momento dell'apertura della successione, poiché è in quel momento che si ha l'unica "offerta" dell'eredità per tutti i chiamati ed essi sono messi in grado di accettare l'eredità.

4. - Si rileva, però, che l'applicazione di tale principio (riassunto nel noto brocardo *semel heres, semper heres*) deve essere esclusa quando chi è stato chiamato all'eredità a seguito del rinvenimento di un testamento olografo, come nel caso in esame, in precedenza non era stato chiamato in forza di altro titolo. Diversamente opinando, si interpreterebbe il sistema in maniera incostituzionale.

In forza di testamento olografo scoperto a oltre dieci anni dall'apertura della successione, infatti, al soggetto in tal modo chiamato non verrebbe consentito di fatto di accettare l'eredità, con evidente violazione del suo diritto di difesa ex art. 24 Cost. nel caso in cui egli intendesse proporre un'iniziativa giudiziaria a tutela del proprio diritto: in quanto chiamato solo nel testamento rinvenuto, questi non potrebbe accettare l'eredità prima del rinvenimento del testamento; né potrebbe farlo dopo, interpretando il termine prescrizione decennale per accettare l'eredità come decorrente dall'apertura della successione, in quanto, ritrovata la scheda testamentaria a più di dieci anni da tale momento, la prescrizione sarebbe già maturata.

Peraltro, in questo modo si darebbe anche adito ad una discriminazione irragionevole ex art. 3 Cost. ai danni dell'erede testamentario, mai chiamato all'eredità in precedenza e penalizzato da un'ignoranza che potrebbe essere anche incolpevole, derivando dall'occultamento del testamento da parte di altri o dal suo mancato rinvenimento. La ragione della discriminazione irragionevole sarebbe questa: mentre per i chiamati *ex lege* l'inizio del decorso del termine di prescrizione coinciderebbe con l'apertura della successione, oltretutto, col momento in cui questi dovrebbero avere conoscenza della propria *vocatio* (risiedendo il titolo della loro chiamata nella legge), per i chiamati testamentari il termine per accettare l'eredità potrebbe iniziare a decorrere prima della conoscenza da parte loro della vocazione ereditaria, e persino prima che la stessa *vocatio* diventi anche solo conoscibile attraverso la pubblicazione del testamento.

Non si trascuri, oltretutto, che, con una tale lettura dell'art. 480 cc, si conculcherebbe anche l'ultima volontà del *de cuius*, in contrasto con l'art. 42 Cost.

5. - A fronte dei profili di incostituzionalità appena esposti, occorre dunque avallare un'interpretazione adeguatrice dell'art. 480 cc richiamato.

A tal fine, in combinato disposto con l'art. 480 cc, si ritiene di poter fare applicazione dell'art. 2935 cc, laddove stabilisce il principio per cui "La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere".

La giurisprudenza ha sempre sottolineato che l'impedimento all'esercizio del diritto, necessario nella logica di detta disposizione per escludere il decorso del termine prescrizione, non può essere ridotto alla mera inesistenza della situazione giuridica soggettiva (poiché è ovvio che la prescrizione non può essere fatta valere se il diritto non è neppure sorto); si è precisato che il riferimento dell'art. 2935 cc è, piuttosto, a tutti quegli impedimenti legali che determinano l'impossibilità attuale di far valere il diritto, come nel caso in cui la posizione giuridica sia soggetta a termine o condizione; vi sono esclusi, per contro, i meri impedimenti di fatto, compresa l'ignoranza dell'esistenza del diritto (Cass. 12038/2000).

Peraltro, al di là del caso particolare affrontato, sul tema generale della decorrenza del termine di prescrizione, in tempi recenti Cass. Sez. Un. 581/2008 ha dato ulteriore pregnanza all'art. 2935 cit., lasciando intendere che il diritto è giuridicamente esistente - e, quindi, "[...] può essere fatto valere", per usare la dizione letterale dello stesso art. 2935 cc - solo nel momento in cui la fattispecie che lo ha generato è quanto meno oggettivamente conoscibile dal titolare dello stesso (nel caso esaminato dalla Suprema Corte, la fattispecie era costituita da un illecito extracontrattuale e il diritto derivato, soggetto a prescrizione, era quello al risarcimento del danno).

Si tratta di spunti ermeneutici in sintonia con la giurisprudenza comunitaria sulla decorrenza dei termini prescrizione, laddove, in particolare, la Corte di Giustizia applica il principio espresso

dal brocardo “*contra non valentem agere non currit praescriptio*” (Corte Giust. CE, 25.7.1991, C - 208/90; Corte Giust. CE, 1.12.1998, C - 326/1996)

Considerate in termini generali, le implicazioni derivanti da Cass. Sez. Un. 581/2008 sul tema dell'*exordium praescriptionis* sono rilevanti anche nella presente controversia.

Se ne ricava che, nell'applicazione dell'art. 2935 cc, non bastano certo a precludere il decorso del termine prescrizionale la mera ignoranza dell'esistenza del diritto e gli altri impedimenti di fatto al suo esercizio. Vale ancora quell'interpretazione, invalsa nell'applicazione dell'art. 2941 n. 8) cc, secondo cui, poiché solo il dolo del debitore sospende la prescrizione, non produce il medesimo effetto sospensivo la mera ignoranza del diritto da parte del suo titolare: infatti, rispetto al dolo, espressamente previsto come causa di sospensione della prescrizione dal cit. art. 2941 n. 8) cc, tale ignoranza costituisce un *minus*, in quanto con essa il titolare è sì in errore sull'esistenza del diritto, ma non per effetto di induzione, come con il dolo (Cass. 14849/2004).

Tutto ciò non toglie, tuttavia, che quanto meno la oggettiva conoscibilità del diritto - attraverso la oggettiva conoscibilità della fattispecie giuridica che lo ha generato - sia sempre necessaria perché la posizione soggettiva del titolare possa prescriversi.

Ovviamente, ai fini dell'individuazione dell'*exordium praescriptionis*, restano irrilevanti gli stati psicologici e la mera conoscibilità soggettiva del diritto da parte del suo titolare (Cass. Sez. Un. 581/2008, cit.).

6. - Anche nella vicenda in esame si tratta di definire quali sono gli elementi che vanno a costituire la fattispecie da cui sorge il diritto di accettare l'eredità, nonché come i fatti costitutivi di tale diritto siano oggettivamente conoscibili dal punto di vista del suo titolare, affinché la prescrizione possa maturare e non essere impedita ex art. 2935 cc.

Invero, la fattispecie da cui sorge il diritto di accettare l'eredità è complessa: essa, anzitutto, pone la morte del *de cuius* come suo logico antecedente; postula, poi, la delazione ereditaria, intesa - sul piano oggettivo - quale “offerta” al chiamato dell'insieme di posizioni giuridiche attive e passive originariamente in capo al defunto; richiede, infine, anche la vocazione ereditaria, intesa - sul piano soggettivo - quale chiamata di un soggetto per subentrare al *de cuius*. Per l'esercizio da parte del chiamato del diritto di accettare l'eredità, è quindi necessario non solo che si apra la successione, ma che nel contempo si abbiano la delazione e la vocazione ereditaria.

Ora, è evidente che, applicando l'art. 2935 cc secondo l'esegesi costituzionalmente orientata di cui sopra, seguendo lo spunto di cui a Cass. Sez. Un. 581/2008, della fattispecie complessa da cui sorge il diritto di accettare l'eredità è la vocazione ereditaria, rivolta soggettivamente al chiamato, l'elemento a dover essere quanto meno da lui conoscibile: in mancanza, la vocazione e lo stesso diritto risulterebbero giuridicamente *tamquam non essent* e, ai fini di cui all'art. 2935 cc, vi sarebbe un impedimento - giuridico e non di mero fatto - alla maturazione della correlativa prescrizione.

Senonché, mentre, in caso di delazione ereditaria con vocazione legale, la conoscibilità della *vocatio* può già ritenersi implicita nella natura del titolo su cui la delazione si fonda (poiché i privati sono tenuti a conoscere la legge, mentre l'errore di diritto nell'accettazione dell'eredità è irrilevante ex art. 483 co. 1 cc), più complesso è il discorso in caso di delazione ereditaria con vocazione testamentaria: per regola, infatti, mentre con il testamento pubblico la conoscibilità è insita nella forma notarile dell'atto e negli adempimenti successivi curati dal Notaio (art. 603 cc; L. 89/1913, artt. 50 ss.; L. 307/1981), con il testamento olografo o

con quello segreto essa si ha con la pubblicazione del testamento di cui agli artt. 620 ss. cc.

Il punto è che la collocazione temporale della data di conoscibilità della vocazione ereditaria incide, come detto, sulla decorrenza del termine di prescrizione decennale di cui all'art. 480 cc, interpretato in combinato disposto col menzionato art. 2935 cc, nonché in senso costituzionalmente orientato. Ciò in quanto, mentre in caso di successione legittima e in caso di successione testamentaria con testamento pubblico, il termine per l'accettazione dell'eredità può decorrere sin dall'apertura della successione, poiché già da tale momento il chiamato può avere conoscenza della delazione dell'eredità nei suoi confronti, per converso, in ipotesi di successione testamentaria con testamento segreto o olografo, il termine decorre da quando il chiamato ha la possibilità giuridica di accettare l'eredità, ciò che si verifica quando il testamento diviene conoscibile essendo pubblicato. Naturalmente, per le sue caratteristiche è il testamento olografo che più si presta ad essere scoperto e pubblicato anche a distanza di molto tempo dalla morte, ciò che lo rende anche potenziale strumento di comportamenti fraudolenti.

Va sempre fatta salva, non a caso, la prova che il chiamato abbia avuto notizia della vocazione ereditaria anche in precedenza rispetto alla pubblicazione del testamento (si pensi al caso in cui, sin da data anteriore, questi abbia direttamente posseduto la scheda testamentaria).

7. - Manifeste risultano a questo punto le conseguenze sul caso concreto di quanto finora osservato.

Per i ricorrenti, invero, solo nel 2007, come è pacifico, è intervenuta la scoperta del testamento olografo che li ha istituiti eredi; essa è stata del tutto accidentale; il 19.12.2007 è stata poi pubblicata la scheda testamentaria rinvenuta.

Se ne desume che è solo dal 19.12.2007 - e non dall'apertura della successione il 4.11.1990 - che per entrambi i ricorrenti è iniziato a decorrere il termine di prescrizione decennale previsto dall'art. 480 cc per l'accettazione dell'eredità delata.

Pertanto, il diritto dei ricorrenti non si è affatto prescritto, quando, nel 2007, essi hanno deciso di accettare l'eredità e hanno trascritto la loro accettazione, onde non va accolta la tesi difensiva dell'avvenuta prescrizione, all'opposto argomentata dalla banca che ha proceduto in sede esecutiva e che ora è convenuta.

8. - Per sostenere di aver legittimamente pignorato, la banca procedente valorizza, peraltro, di aver iscritto l'ipoteca giudiziale e trascritto il pignoramento prima che controparte trascrivesse l'accettazione dell'eredità: sostiene che grazie all'antiorità dell'iscrizione dell'ipoteca giudiziale e della trascrizione del pignoramento, sarebbero stati fatti salvi i suoi diritti all'esecuzione forzata, ciò che deriverebbe sia dal principio di cui all'art. 2644 cc, sia dalla norma sull'acquisto da erede apparente di cui all'art. 534 cc.

Anche tale tesi difensiva della convenuta è infondata e va respinta.

Anzitutto, è inconferente il richiamo all'art. 2644 cc, che è norma relativa al conflitto tra più acquirenti nell'ipotesi di atti di acquisto *inter vivos* in un contesto in cui la trascrizione ha natura di pubblicità dichiarativa, mentre, al contrario, in questo caso il conflitto deriva dall'accettazione dell'eredità da parte dei chiamati per vocazione testamentaria e sussiste tra questi, quali acquirenti *mortis causa*, e gli aventi causa dall'erede apparente. Né, d'altra parte, può salvare i diritti della banca procedente neppure la norma sull'acquisto dall'erede apparente.

Basti rimarcare, in proposito, quanto correttamente osservato

dai ricorrenti, secondo cui il giudicato tra erede apparente e terzo (anche quello risultante da decreto ingiuntivo non opposto) non è opponibile all'erede vero, in quanto l'art. 534 co. 2 cc prevede testualmente *“Sono salvi i diritti acquistati, per effetto di convenzioni a titolo oneroso con l'erede apparente, dai terzi i quali provino di aver contrattato in buona fede [...]”*.

La norma deroga al principio *“nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet”* e, come tale, non è applicabile fuori delle ipotesi espressamente previste (art. 14 disp. prel. cod. civ.): è peraltro evidente che nella nozione di *“convenzioni”* non possono rientrare i provvedimenti giudiziali, da cui le ipoteche giudiziali iscritte derivano, tanto più che a tali atti non si adatta la distinzione tra rapporti onerosi e gratuiti, presupposta dalla norma di cui all'art. 534 cc per la salvezza dei diritti acquistati.

Non vi è alcuna ragione, in definitiva, perché la salvezza dei diritti della banca si possa fondare sul fatto che questa abbia iscritto l'ipoteca giudiziale e trascritto il pignoramento prima che i chiamati trascrivessero la loro accettazione dell'eredità.

9. - Per quanto finora esposto, i ricorrenti sono dunque divenuti effettivamente titolari della nuda proprietà sui beni oggetto di esecuzione forzata, per le quote che in origine apparivano riferite a Campi Silvano.

Sul prosieguo della procedura esecutiva, non può neanche ordinarsi la riduzione del pignoramento dalla piena proprietà all'usufrutto.

Sul punto, si condivide Trib. Reggio Calabria 9.6.2006, n. 752, secondo cui *“In tema di pignoramento immobiliare di beni sui quali al debitore esecutato spetta il solo diritto di usufrutto, la riduzione del pignoramento a tale diritto non garantisce l'utile prosecuzione dell'esecuzione forzata, attesa la sostanziale diversità del diritto pignorato con quello oggetto di vendita. Di conseguenza, il provvedimento di riduzione del Giudice dell'Esecuzione non è idoneo a sanare la nullità dell'atto di pignoramento, fuoriuscendo dai poteri di tale Giudice l'attività di correzione sostanziale dell'oggetto del pignoramento, che è, invece, demandata dal codice di rito al creditore procedente”* (conforme, Trib. Bari 4.5.2004).

Quanto alle esecuzioni nell'ambito delle quali sono stati instaurati i procedimenti di opposizione di terzo ex art. 619 cpc, va pertanto dichiarata l'inefficacia dei pignoramenti e la cancellazione delle trascrizioni come da dispositivo.

10. - La natura delle questioni trattate e l'assenza di precedenti in termini giustificano la compensazione integrale delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale in composizione monocratica, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza ed eccezione disattesa, così provvede:

- dichiara la contumacia di Campi Silvano e Coscia Adelma; accerta che, con testamento olografo dell'avo paterno Campi Pietro pubblicato in data 19.12.2007, repertorio n. 90989, raccolta n. 20143, registrazione dell'8.1.2008, Notaio Ottavio Pilotti (eredità accettata in data 24.12.2007, rep. n. 91021, racc. n. 20169), è stata devoluta ai ricorrenti la nuda proprietà dei beni di seguito indicati *sub 3*), ivi compresi i beni pignorati ed intestati per l'intero a Campi Silvano, siti nel Comune di Tortona, di cui all'esecuzione n. 45/2007 R.G.E.;

- dichiara, per l'effetto, l'inefficacia del pignoramento notificato il 26.7.2007 e trascritto il 1.8.2007, n. pres. 32, n. reg. part. 3485, n. reg. gen. 2149, eseguito sulla piena proprietà dei beni immobili intestati per l'intero a Campi Silvano, siti nel Comune di Tortona, di cui all'esecuzione n. 45/2007, così censiti: - Fg. 95 mapp. 108 Catasto T; - Fg. 95 mapp. 127 Catasto T; - Fg. 95 mapp. 134 Catasto T; - Fg. 96 mapp. 18 Catasto T; - Fg. 96 mapp. 179 Catasto T; - Fg. 96 mapp. 19 Catasto U sub. 2; - Fg. 96 mapp. 19 Catasto U sub. 3; - Fg. 96 mapp. 19 Catasto U sub. 4; - Fg. 96 mapp. 22 Catasto U; - Fg. 97 mapp. 57 Catasto T; - ordina la cancellazione della trascrizione del pignoramento sopra indicato, in relazione alla procedura esecutiva n. 45/2007 R.G.E.;

- accerta che, con testamento olografo dell'avo paterno Campi Pietro pubblicato in data 19.12.2007, repertorio n. 90989, raccolta n. 20143, registrazione dell'8.1.2008, Notaio Ottavio Pilotti (eredità accettata in data 24.12.2007, rep. n. 91021, racc. n. 20169), è stata devoluta ai ricorrenti la nuda proprietà del 50% del bene pignorato intestato a Campi Silvano in comproprietà con Coscia Adelma, sito nel Comune di Tortona, censito al C.T. al Fg. 96, mappale 26, di cui all'esecuzione n. 44/2007 + 3/08 R.G.E.;

- dichiara, per l'effetto, l'inefficacia del pignoramento notificato il 26.7.2007 e trascritto il 1.8.2007, n. pres. 33, n. reg. generale 3486, n. reg. particolare 2150, limitatamente alla quota e alla parte di competenza di Campi Silvano, eseguito sulla piena proprietà del bene sito nel Comune di Tortona, censito al C.T. al Fg. 96, mappale 26, che pur è intestato al 50% a Coscia Adelma, di cui all'esecuzione n. 44/2007;

- dichiara, altresì, l'inefficacia del pignoramento notificato l'11.1.08 e trascritto il 17.1.2008, n. pres. 9, n. reg. gen. 181, n. reg. part. 123, sul 50% intestato a Campi Silvano del bene sito nel Comune di Tortona, censito al C.T. al Fg. 96, mappale 26, di cui all'esecuzione n. 3/08;

- ordina la cancellazione della trascrizione dei pignoramenti sopra indicati *sub 6*) e *7*), limitatamente alla quota e alla parte di competenza di Campi Silvano, in relazione alle procedure esecutive nn. 44/2007 e 3/08 riunite;

- compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

(... *Omissis*...)

Massime

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 28 aprile 2009 - Giudice Unico Casanova - Cave del Po S.R.L. (Avv. Roller) c. Saia s.p.a. (Avv. M. Ferrando).

ARBITRATO e compromesso - decreto ingiuntivo - prova scritta - idoneità - sussistenza.

(Art. 633 c.c.)

Il lodo arbitrale, anche qualora la sua validità sia oggetto di contestazione in un giudizio pendente, costituisce prova scritta idonea ai fini della pronunzia del decreto ingiuntivo relativo alle spese liquidate sulla base dello stesso. Ne consegue che, nell'eventualità di una riforma del lodo, il decreto ingiuntivo diverrà provvedimento inutiliter dato e sarà automaticamente travolto.

(Nella specie il Tribunale di Genova ha respinto l'opposizione ex art. 645 c.p.c., ritenendo di non aderire alla tesi dell'opponente secondo cui il decreto ingiuntivo potrebbe essere emesso solo laddove il lodo fosse divenuto definitivo per mancata impugnazione).

C.GIA.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 16 dicembre 2009, n. 1273 - Pres. Bonavia - Rel. Gandolfo - G.F. (Avv. Glendi) c. Unione Sportiva Subacquei D.G. (Avv. ti Cesare Bosio e Carla Parodi Bosio).

ASSOCIAZIONE - esclusione socio - competenza assemblea - inderogabilità - sussistenza.

(Art. 24 c.c.)

L'art. 24 c.c., che prevede in capo all'assemblea la competenza in materia di esclusione di un associato per gravi motivi, è disposizione inderogabile, anche in presenza di una diversa clausola statutaria che attribuisce tale competenza ad altro organo quale ad esempio un consiglio direttivo.

C.GIA.

Tribunale di Genova, 23 marzo 2009 - Giudice Unico La Mantia - V.N. (Avv. Grandi) c. M.T.M. (Avv. Basso) e c. G.A. (Avv. Castagnola) e c. E.L. contumace.

COMUNIONE e condominio - lastrico solare - suddivisione spese - criterio art. 1126 c.c. - derogabilità - ammissibilità.

COMUNIONE e condominio - valori proporzionali dell'edificio - modificabilità ex art. 69 disp. Att. c.c.

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità aggravata - art. 96 c.p.c. - prova del pregiudizio ulteriore - necessità.

Il Regolamento Condominiale non appare viziato da alcun errore quando decida di ripartire le spese del lastrico solare tra tutti i condomini sulla base delle tabelle di proprietà, senza seguire il criterio di cui all'art. 1126 c.c., norma questa liberamente derogabile dai Regolamenti Condominiali proprio perché non espressamente ricompresa tra quelle richiamate dall'art. 1138 ul. co. c.c.

L'art. 69 disp. Att. c.c. prevede la possibilità, in caso di errore, di una modifica "solo dei valori proporzionali dei vari piani o por-

zioni di piano" e cioè delle tabelle millesimali, e non anche dei Regolamenti condominiali.

Le domande proposte ai sensi dell'art. 96 c.p.c. necessitano della prova dello specifico pregiudizio a tale titolo subito. (Conf.: Cass. 9 settembre 2004 n. 18169). (Nel caso di specie, il Tribunale ha rigettato la domanda degli attori che insistevano per la correzione del Regolamento condominiale laddove lo stesso, in merito alla suddivisione delle spese per la manutenzione di questa parte dell'edificio, non faceva riferimento all'art. 1126 c.c. Nel resistere in causa gli altri condomini, svolgevano domanda di liquidazione del maggior danno ai sensi dell'art. 96 c.p.c., non provandone però la sussistenza).

SI.CO.

Tribunale di Genova, 18 maggio 2009 - Giudice Unico La Mantia - V.S. (Avv. ti Speciale e Greco) c. Cond. Via A. 28 (Avv. ti Zinghini e Dalessio Clementi).

COMUNIONE e condominio - danni da infiltrazione lastrico solare - ripartizione spese risarcimento del danno.

Appare privo di pregio l'assunto per il quale la somma liquidata al danneggiato a titolo di risarcimento del danno debba essere ripartita ai sensi dell'art. 1126 c.c., con conseguenziale contribuzione anche da parte di quest'ultimo.

Il criterio richiamato dall'art. 1126 c.c. nei confronti del condomino-danneggiato, può essere applicato per la ripartizione delle spese necessarie per le riparazioni o le ricostruzioni del lastrico solare. (Nel caso di specie, il Tribunale ha rigettato l'eccezione formulata dal Condominio convenuto, laddove veniva sostenuto che la somma liquidata a titolo di risarcimento del danno avrebbe dovuto essere ripartita, anche nei confronti del condomino-danneggiato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1126 c.c.)

SI.CO.

Tribunale di Genova, 25 maggio 2009 - Giudice Unico La Mantia - M.S. (Avv. Bottaro) c. Cond. Via C. 6-8 (Avv. ti Pugliese e Elia).

COMUNIONE e condominio - annullamento delibera assembleare - interesse ad agire - necessità.

COMUNIONE e condominio - annullamento delibera assembleare sostituita da successiva - inammissibilità.

In tema di annullamento delle deliberazioni delle assemblee condominiali, la legittimazione ad agire attribuita dall'art. 1137 c.c. ai condomini assenti o dissenzienti non è subordinata alla deduzione ed alla prova di uno specifico interesse ad agire, richiesto dall'art. 100 c.p.c., come condizione dell'azione di annullamento anzidetta, costituito proprio dall'accertamento dei vizi formali di cui sono affette le deliberazioni. (Conf. Cass. 4 aprile 1997 n. 2912 e Cass. 23 marzo 2001 n. 4270).

L'ultimo comma dell'art. 2377 c.c., secondo cui l'annullamento della delibera assembleare non può avere luogo se la deliberazione impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge o dell'atto costitutivo, ha carattere generale ed è perciò applicabile anche alle assemblee dei condomini edilizi. Il giudice del merito, pertanto, nel giudizio di impugnazione di una delibera assem-

bleare, per invalida convocazione dell'assemblea, dichiara cessata la materia del contendere quando risulti che l'assemblea dei condomini regolarmente riconvocata, abbia deliberato sugli stessi argomenti della deliberazione impugnata. (Conf.: Cass. 17 marzo 1993 n. 3159 e Cass. 19 aprile 1998 n. 3069).

SI.CO.

Tribunale di Genova, 21 luglio 2009 - Giudice Unico La Mantia - F.G. (Avv. ti Orsolino e Forino) c. Cond. Via E. 7-8 (Avv. Benzi).

COMUNIONE e condominio - rappresentanza del condominio in assemblea - subdelegazione - ammissibilità.

In difetto di norme particolari, i rapporti fra il rappresentante intervenuto in assemblea ed il condomino rappresentato debbono intendersi disciplinati dalle regole generali sul mandato, con la conseguenza che il solo condomino delegante o quello che si ritenga falsamente rappresentato sono legittimati a far valere gli eventuali vizi della delega o la carenza del potere di rappresentanza, e non anche gli altri condomini estranei al rapporto. (Conf.: Cass. 27 luglio 1999 e Cass. 26 aprile 1994 n. 3952). (Nel caso di specie, il Tribunale ha rigettato la domanda degli attori che insistevano per la declaratoria di nullità e/o annullabilità della delibera assembleare, poiché due condomini presenti in assemblea, anche quali delegati di altri avevano, prima della votazione della delibera impugnata, abbandonato la sede della riunione ma non prima di avere subdelegato un terzo ai fini del voto).

SI.CO.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 2 febbraio 2010, Giudice Unico Vinelli - B.G. (Avv. Benoit Torsegno) c. Consorzio Strada Vicinale Pontevecchio (Avv. Rocchi).

COMUNIONE e condominio - delibera assembleare - impugnazione - omessa comunicazione dell'amministratore circa la pendenza del procedimento - legittimazione processuale - sussistenza - impugnativa proposta da condòmino astenuto - non equipollenza al condòmino assente - legittimazione attiva - non sussiste - impugnazione per omessa convocazione di altri condòmini - interesse ad agire - non sussiste.

La mancata comunicazione da parte dell'amministratore all'assemblea condominiale circa l'esistenza di una processo in cui il condominio è parte in causa ha rilevanza puramente interna e non incide sui poteri di rappresentanza processuale dell'Amministratore, il quale, secondo l'art. 1131 c.c., ha ex lege la rappresentanza processuale passiva per tutte le azioni concernenti beni comuni.

Nel caso di impugnazione della delibera da parte di un Condòmino che aveva partecipato all'assemblea ma si era astenuto dal votare, va dichiarata la carenza di legittimazione attiva.

Secondo l'art. 1137 c.c. la legittimazione ad impugnare le delibere è riconosciuta solo al condomino dissenziente al quale, per espressa previsione legislativa, è equiparato il condòmino assente.

Se la recente giurisprudenza di legittimità pone sullo stesso piano la posizione dell'astenuto e quella del dissenziente (in quanto entrambi i soggetti non hanno concorso all'approvazione della delibera impugnata - V. Cass. 129/1999), la stessa equiparazione non può valere quanto ai condòmini presenti all'assemblea, ma astenuti dal voto. Questi ultimi, infatti, a differenza di condòmini assenti, hanno avuto la possibilità di esprimere il proprio dissenso in assemblea, scegliendo però di non manifestare alcun voto. Non si ritiene perciò corretto equiparare le due tipologie di condòmini: infatti gli assenti, non partecipando all'assemblea, non hanno ma-

nifestato alcun tipo di volontà né favorevole né contraria, mentre gli astenuti hanno assunto una posizione di neutralità rispetto alla decisione adottata con la delibera e risulterebbe una forzatura logica valutare tale "dichiarazione di neutralità" come un dissenso (Trib. Genova, sent. 152/2010).

Va rilevata la carenza di legittimazione ad agire nel caso di impugnazione promossa con riferimento alla omessa convocazione di altri condòmini.

Il diritto all'impugnazione di una delibera per omessa convocazione è limitato al solo soggetto non convocato o al soggetto che durante l'assemblea condominiale deduca specificatamente quali condomini non siano stati regolarmente convocati, alla luce del principio di buona fede.

FE.MAR.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 20 giugno 2007, n. 2280 - Giudice Unico Castiglione - Termocasa s.r.l. (Avv. Piga) c. Bipielle Società di Gestione del Credito s.p.a. (Avv. Lucarelli).

CONTRATTI bancari - azione di ripetizione di interessi e commissioni non dovute - termine di prescrizione - decorrenza.

(Artt. 2935 e 2946 c.c.)

CONTRATTI bancari - documentazione del rapporto di conto corrente - periodo di tenuta - decorrenza prescrizione.

(Art. 2220 c.c.)

Se in un conto corrente bancario non si assiste a movimentazioni, l'azione di ripetizione del correntista per somme indebitamente trattenute dalla banca si prescrive nel termine di dieci anni dall'ultima operazione.

Alla banca non può essere ordinato di esibire la documentazione afferente al rapporto di conto corrente, per periodo di tempo superiore a dieci anni dall'ultima registrazione. Il periodo di tempo per il quale la banca non è più tenuta a conservare la documentazione del rapporto di conto corrente è coperto da prescrizione.

L.GH.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 10 dicembre 2009 - Giudice Unico Zuccolini - M.F. e M.A. (Avv. Parodi) c. D.P. e c.c. (Avv. Saturnino) e Dimensioni Affari Immobiliari (Avv. Bottaro).

CONTRATTO in genere - compravendita immobiliare - cause di annullamento - dolo - dolo omissivo - silenzio e reticenza del venditore - esclusione.

(Artt. 1427 e 1439 c.c.)

In tema di cause di invalidità del contratto, secondo un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza di merito e di legittimità, il semplice silenzio e la reticenza sono condotte che non incidono sulla rappresentazione della realtà, non potendone mutare il quadro, ma invero si limitano a non alterarne la percezione cui sia pervenuta controparte.

Per tali ragioni la reticenza e il silenzio non sono comportamenti tali da integrare il concetto di dolo omissivo.

Il dolo omissivo, infatti, per essere annoverato tra le cause di annullamento del contratto, deve presentare un comportamento passivo "...che si configuri, nel complesso, quale malizia od astuzia volta a realizzare l'inganno che l'animus persegue" (Cass.

11038/91), e ancora, per essere considerato tale, deve essere presente nell'agente "...il convincimento che sia possibile determinare con artifici, menzogne e raggiri, inducendola specificamente in inganno, la volontà altrui" (Cass. 2104/2003).

FE.MAR.

Tribunale di Genova, sez. I civ., ord. 19 febbraio 2010 - Giudice Unico Braccialini - Alpha Trading c. M.F.N. e c. Venezia Shipping BV.

CONTRATTO in genere - noleggio di nave - credito marittimo - sequestro.

(Artt. 3 e 9, Conv. di Bruxelles, 10 maggio 1952)

SEQUESTRO conservativo, giudiziale e convenzionale - sequestro marittimo - revoca del sequestro - conversione del vincolo - cauzione - libretto.

(Art. 5, Conv. di Bruxelles, 10 maggio 1952)

In tema di rapporti fra garanzie preventive e privilegi marittimi, il sequestro di un natante per un credito marittimo, secondo la lettera e lo spirito della Convenzione di Bruxelles, è ben possibile "in odio" alla proprietà per un debito del noleggiatore, o comunque del soggetto che abbia la gestione commerciale della nave, non solo se e fino a quando vi sia un "attuale collegamento" con la nave e dunque finché tale utilizzatore non proprietario sia nella detenzione qualificata del bene, ma anche a prescindere da un simile presupposto di attualità. Ciò in quanto, da un lato, la Convenzione non prevede espressamente il collegamento cronologico tra il responsabile della gestione della nave, anche diverso dal proprietario, e l'attualità della detenzione qualificata del bene, per cui l'unico termine che viene in rilievo è solo quello di prescrizione del credito marittimo. Dall'altro, gli unici due limiti che si trovano esplicitati per il caso di responsabilità dell'utilizzatore non proprietario sono solo quelli della sequestrabilità unicamente della nave per cui è sorto il credito, ed il limite di un unico arresto della stessa nave consentito per detto credito.

Un libretto non già al portatore, che non può emettersi per cifre superiori a 12.500 euro, ma intestato nominativamente al Tribunale integra una vera e propria "cauzione" perché il libretto è rappresentativo di una somma liquida di denaro e realizza, con le specificazioni sulla titolarità e l'assenza di un termine di durata, un preciso spossessamento della cifra in esso portata in capo a chi lo ha messo a disposizione. (Nella specie, il Giudice ritiene possibile la revoca di cui all'art. 684 c.p.c., laddove la misura cautelare non viene meno del tutto, ma si trasferisce dalla nave alla somma di denaro che rimane in sequestro, rappresentata dall'indicato libretto di deposito.

F. BART.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 18 giugno 2010 - Giudice Unico Casale - T.L. (Avv. Licciardello) c. ERG Eolica Italia S.r.l. (Avv. Ferrando).

CONTRATTO in genere, atto e negozio giuridico - clausola arbitrale - interpretazione - ambito di operatività.

(Art. 808 quater c.p.c.)

In forza della regola interpretativa posta dall'art. 808 quater c.p.c. per cui nel dubbio, la convenzione d'arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto, o dal rapporto a cui la convenzione si riferisce, l'ambito di operatività della clausola arbitrale che fa esplicito

riferimento alle sole controversie in tema di interpretazione, conclusione, risoluzione del contratto può ben essere esteso anche all'azione di risarcimento danni da inadempimento contrattuale.

C.GIA.

Tribunale di Albenga, 5 ottobre 2009 - Giudice Unico Princiotta - Mattiauda (Avv. Moreno) c. Toro Assicurazioni (Avv.ti Benedetto e Chirò).

DANNO (risarcimento del) - danno da morte di congiunto - danno non patrimoniale - qualificazione e criteri determinativi.

(Art. 2059 c.c.)

Il danno non patrimoniale, disciplinato dall'art. 2059 c.c., si identifica con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica; nell'ambito di tale categoria generale di danno non patrimoniale si collocano il danno morale costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata, avente carattere contingente e transeunte ed il danno da lesione del rapporto parentale (in relazione delle ripercussioni di natura esistenziale sulla vita dei superstiti, che l'improvvisa ed imprevista interruzione del legame parentale ha comportato e della conseguente alterazione dell'equilibrio familiare), quale interesse costituzionalmente protetto e connesso necessariamente alla perdita del prossimo congiunto, intesi entrambi non quali autonome voci di danno, ma quali componenti dell'unico danno non patrimoniale. Pertanto, determina duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno morale (nella sua rinnovata configurazione) e del danno da perdita del rapporto parentale, poiché la sofferenza patita nel momento in cui la perdita è percepita e quella che accompagna l'esistenza del soggetto che l'ha subita, altro non sono che componenti del complesso pregiudizio che va integralmente ed unitariamente ristorato.

RO.NE.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 23 dicembre 2009, n. 1298 - Pres. Bonavia - Rel. Gandolfo - M.C. (Avv. Trevia) c. A.N.M. (Avv.ti Siboldi e Acquarone).

FAMIGLIA (regime patrimoniale della) - realizzazione casa coniugale - pagamenti - provenienza dalla comunione - presunzione - sussistenza.

FAMIGLIA (regime patrimoniale della) - realizzazione casa coniugale su suolo di proprietà esclusiva - diritto di credito in favore del coniuge non proprietario - sussistenza.

(Artt. 177 e 934 c.c.)

In mancanza di prova contraria deve presumersi che, in regime di comunione legale dei beni, i pagamenti effettuati in costanza di matrimonio per la realizzazione dell'immobile destinato a casa coniugale siano avvenuti con denaro appartenente alla comunione.

La costruzione realizzata in costanza di matrimonio sopra un'area di proprietà esclusiva di uno dei coniugi appartiene a quello dei due che risulta proprietario esclusivo del suolo, mentre al coniuge non proprietario è riconosciuto il diritto di credito pari alla metà del valore dei materiali impiegati e del costo della manodopera.

Tale importo costituisce credito di valore che deve essere adeguato con rivalutazione annuale e computo degli interessi legali.

C.GIA.

Tribunale di Genova, 18 maggio 2009 - Giudice Unico La Mantia - Imm. G. (Avv. Scotto) c. M.A. (Avv. Dassio).

MEDIAZIONE e mediatore - somme liquidate a titolo di provvigione- applicazione rivalutazione monetaria - ulteriore pregiudizio - prova - necessità.

Sulla somma liquidata a titolo di provvigione per l'assolvimento del contratto di mediazione, non va applicata la rivalutazione monetaria se non nel caso in cui l'attore provi l'effettivo pregiudizio patrimoniale risentito.

(Conf.: Cass. 16 aprile 1982 n. 2580 e Cass. 28 luglio 2004 n. 14202).

SI.CO.

Tribunale di Genova, sez. lav., ord. 7 giugno 2010 - Pres. Barenghi - Rel. Melandri - C.E.N. (Avv. Roccella) c. IST di Genova (Avv.ti Marconi e Bolognesi).

SANITÀ pubblica - medici dirigenti - unico ruolo e livello - possibilità di graduazione delle funzioni solo all'interno di esso.

SANITÀ pubblica - medici dirigenti - equivalenza degli incarichi dirigenziali - sussistenza - applicabilità dell'art. 2103 c.c. - esclusione.

SANITÀ pubblica - medici dirigenti - incarichi dirigenziali - temporaneità - rinnovo dopo la scadenza - mera facoltà - diritto soggettivo del dirigente - esclusione.

SANITÀ pubblica - medici dirigenti - incarichi dirigenziali - criterio di conferimento o rinnovo - potere discrezionale del direttore generale - valutazione del Collegio tecnico alla scadenza dell'incarico - vincola la p.a. solo se negativa - ulteriori elementi valutabili da parte del direttore generale - possibilità - rispetto dei principi di correttezza e buona fede - necessità.

SANITÀ pubblica - medici dirigenti - incarichi dirigenziali - mancata conferma alla loro scadenza - violazione degli obblighi di correttezza e buona fede - tutela giurisdizionale ripristinatoria - impossibilità - tutela risarcitoria - ammissibilità.

L'art. 15 del D.Lgs. n. 502/92 (Riordino della disciplina in materia sanitaria), integrato con il D.Lgs. n. 229/1999 (c.d. Decreto Bindi) ha previsto un unico ruolo e livello della dirigenza sanitaria, con facoltà della contrattazione collettiva di graduazione delle funzioni dirigenziali unicamente in relazione al diverso grado di responsabilità professionali e gestionali.

Per i dirigenti medici vige dell'equivalenza degli incarichi dirigenziali si sensi dell'art. 28, comma 6, lett. G. del CCNL dell'8.6.2000, con conseguente inapplicabilità dell'art. 2103 comma 1, del c.c.

Gli incarichi dei dirigenti medici sono temporanei con durata dai 5 ai 7 anni, al termine dei quali la p.a. non ha l'obbligo di rinnovo ma la semplice facoltà di rinnovo ai sensi dell'art. 15 ter, comma 2, D.Lgs. n. 502/92 s.m.i. e art. 29, comma 3 CCNL dell'8.6.2000; correlativamente il dirigente vanta una mera aspettativa al rinnovo e non un diritto soggettivo.

Gli incarichi dei dirigenti medici sono conferiti e rinnovati alla loro scadenza sulla base di una valutazione discrezionale del direttore generale dell'ente sanitario in ordine alla scelta dei suoi più alti collaboratori. La valutazione del Collegio tecnico effettuata alla conclusione dell'incarico vincola la p.a. solo se è nega-

tiva (precludendo il rinnovo), mentre se è positiva non vincola il Direttore generale a rinnovare l'incarico, residuando in capo ad esso il potere discrezionale di negare il rinnovo dell'incarico sulla base di elementi ulteriori rispetto a quelli tecnici quali: la capacità gestionale e organizzativa del dirigente, l'aver tenuto comportamenti incompatibili con la posizione dirigenziale, ecc.. Tale valutazione del Direttore costituisce un atto negoziale di diritto privato ed è soggetto al rispetto dei principi di correttezza e buona fede (1175 e 1375 c.c.) in relazione all'imparzialità e al buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

In tema di mancato rinnovo degli incarichi dirigenziali l'Amministrazione datrice di lavoro deve valutare le attitudini e le capacità professionali del dirigente, i risultati conseguiti in precedenza, le competenze organizzative, effettuando tale valutazione in ossequio ai principi generali di correttezza e buona fede di cui agli art. 1175 e 1375 c.c. e dei principi di imparzialità e di buon andamento ex art. 97 Cost., senza che la predeterminazione dei criteri di valutazione comporti un automatismo nella scelta, che resta rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro, al quale non può sostituirsi il giudice. In caso di violazione dei sopra citati principi non è esperibile, pertanto, la tutela giurisdizionale ripristinatoria o di ricostituzione dell'incarico scaduto, ma è ammissibile unicamente il rimedio risarcitorio dei danni patrimoniali e non patrimoniali eventualmente subiti.

Tribunale di Albenga, 2 novembre 2009 - Giudice Unico Princiotta - Forno Nuovo s. n. c. (Avv. Zerbone) c. Comune di Andora (Avv. Bruno).

SANZIONI amministrative - emissioni sonore superiori al limite di legge - provenienza da macchinari di azienda ceduta in affitto - responsabilità della violazione in via solidale del proprietario dei manufatti e dell'utilizzatore - sussiste.

(Legge n. 447/95)

In caso di emissioni sonore, provenienti da macchinari di azienda ceduta in affitto, il proprietario della cosa che servi o fu destinata a commettere la violazione, è obbligato in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta se non prova che la cosa è stata utilizzata contro la sua volontà; ciò a maggior ragione nel caso di affitto di azienda e/o gestione di azienda, in quanto vi sarebbe in tal caso la inequivocabile prova dell'assenso del proprietario all'utilizzazione di macchinari difettosi.

RO.NE.

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 23 dicembre 2009, n. 1305 - Pres. Torti - Rel. Maganza - D.M.F. (Avv.ti Poggiati e Hansen) c. D.M.M. (Avv.ti Vitamore e Righetti).

SUCCESSIONE ereditaria - testamento olografo - data apposta da persona diversa dal testatore - nullità - sussistenza.

(Artt. 602 e 606 c.c.)

Per il combinato disposto di cui agli artt. 602, 1° co., e 606, 1° co., la validità del testamento olografo è subordinata alla provenienza di questo dalla mano del testatore per intero, ivi comprese apposizione della data e sottoscrizione. (Nella specie la Corte d'Appello ha confermato la sentenza del Tribunale di Massa che ha dichiarato la nullità di un testamento olografo, essendo stato provato che la scheda testamentaria apparteneva a persona diversa da quella che ha apposto la data).

C.GIA.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 27 gennaio 2010, n. 328, – Giudice Unico Braccialini - IGC c. Container Fidenza.

TRASPORTO (contratto di) - difetto di forma scritta - nullità degli incarichi - non sussistenza.

TRASPORTO (contratto di) - tariffe obbligatorie a forcilla - deroghe - accordi economici collettivi - ammissibilità.

(Art. 13 d.m. 18 novembre 1982)

Atteso che la legge istitutiva delle tariffe "a forcilla", al suo art. 26 si limitava a sanzionare in via amministrativa la mancata indicazione nei documenti di trasporto degli estremi di iscrizione dell'autotrasportatore nell'apposito albo istituito dalla L. 298 del 1974, la nullità discendeva solo dalla mancata iscrizione del vettore in tale registro. Pertanto la sanzione della nullità per difetto di forma scritta degli incarichi è frutto di un'inammissibile estensione analogica di precetto sanzionatorio, laddove alcuna sanzione di nullità per difetto di forma scritta è mai stata comminata dalla legge. Invero, il quadro normativo ha trovato definitiva composizione con la L. 32 del 2005 di riordino del settore, che parimenti ha escluso vizi di tale gravità per la mancata stipulazione per iscritto del rapporto.

Gli accordi economici, nel settore e per gli oggetti di specifica competenza (accordi per contenitori, piuttosto che per rinfuse liquide o solide, ecc.), prevalgono per il principio di specialità sulle previsioni generali delle tariffe a forcilla. Non si può parlare di "alternatività" di fonti di pari cogenza, perché non vi è coesistenza: quando siano stipulati dalle associazioni più rappresentative dei vettori degli accordi nel rispetto dell'art. 13 del d.m. del 1982, la specialità dell'oggetto contrattuale porta le previsioni collettive a prevalere su quelle legali, ancorché i corrispettivi (immediati) dei trasporti siano (apparentemente) meno vantaggiosi. Ciò sulla base di una ratio trasparente: la difesa a oltranza del tariffario legale può far perdere ai vettori utili occasioni di lavoro che invece la contrattazione collettiva può recuperare ammettendo compensi minori, ma prevedendo forme di maggiore stabilità dei rapporti con la committenza.

Nel quadro di un sistema tariffario così delineatosi tra il 1974 ed il 1993, e sopravvissuto fino al 2005, nessuna disposizione prevede che l'adesione del singolo vettore e del singolo mittente ad uno specifico accordo economico debba risultare da atto scritto: l'atto scritto si richiede, invece, per i contratti particolari "individuali" connotati da semplice riduzione percentuale sulla forcilla a fronte di trasporti consecutivi.

F. BART.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 24 febbraio 2010, n. 809 - Giudice Unico Braccialini - Argos Shipping (Avv. Righetti) c. Lloyd's Register of Shipping (Avv. Kielland e Bressler).

TRASPORTO marittimo - Ente di Classifica - negligente ispezione e inveritiera certificazione responsabilità aquiliana - sussistenza - fattispecie.

(Dir. 94/57/CE; art. 2043 c.c.)

Premesso che la concorrente responsabilità degli armatori/proprietari non è di ostacolo alla condanna per un diverso profilo contrattuale o extracontrattuale dell'organizzazione che esegui i controlli di classe, l'Ente di Classifica risponde per ispezione negligente e/o certificazioni o attestazioni non veridiche. L'interesse tutelabile, in tali ipotesi, consiste nell'interesse protetto di colui che fa affidamento sulle attestazioni/certificazioni raccordabile e "coperto" in particolare anche dall'art. 41 Costituzione, il quale in base alla norma costituzionale può essere conformato nell'interesse generale ma non può venire deviato o deformato per effetto di non veridiche informazioni provenienti da organismi o funzionari pubblici, tenuti invece al riscontro di veridicità

dei fatti da loro esaminati. (Nella specie, da un lato, il Giudice ha verificato la sussistenza dei presupposti della responsabilità extracontrattuale dell'Ente di classifica straniero: condotta gravemente colposa degli addetti al Registro in fase di ispezione e certificazione, nesso di causalità fra la negligente attività certificativa e il danno subito dal noleggiatore per effetto dell'impossibilità di disporre della nave per i propri traffici e antiggiuridicità della comportamento, lesivo di un interesse protetto e contrastante con regole tecniche e precauzionali circa i presupposti per il rilascio delle certificazioni - Dall'altro, ha precisato un aspetto non oggetto di dispositivo per difetto di contraddittorio: poiché l'obbligazione dell'Ente di Classifica integra un'«obbligazione di mezzi che ha forte caratura professionale ed affonda la sua essenza nelle stesse regole tecniche che disciplinano il settore delle certificazioni navali indipendenti, con ricadute in termini di credibilità delle attestazioni rese in esito ai controlli che quasi lambiscono la fidejacentia e che comunque sono accreditate della più alta ed universale considerazione nel settore dei traffici marittimi, si potrebbe parlare anche di una responsabilità contrattuale da contatto sociale, di tipo analogo a quella descritta nella fondamentale decisione n. 589/99: una conclusione che si ritiene possibile anche alla luce del ristretto numero di organismi abilitati all'attività in questione in un regime di sostanziale oligopolio mondiale»).

F. BART.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 24 febbraio 2010 - Giudice Unico Giordano - R.M.P. (Avv. Garibaldi, Bongiorni e Parodi) c. R.A. (Avv. Ferrando).

USUCAPIONE - possesso dell'immobile acquisito per liberalità onuziale - possesso uti dominus - insussistenza.

DONAZIONE - donazione onuziale - requisiti.

COMODATO - comodato precario - vincolo di destinazione - diritto alla restituzione dell'immobile - insussistenza.

Al fine di sostenere la sussistenza di una donazione in riguardo di matrimonio di un immobile, ex art. 785 c.c., la parte ha l'onere di fornire la prova del fatto che la convenzione attributiva del godimento del bene avesse effetti reali e che, quindi, fosse sorretta da uno spirito di liberalità, tipico della causa donandi. In mancanza di tale prova, la concessione in uso gratuito e senza determinazione di tempo di un immobile va ricondotta nello schema del comodato precario, che configura una mera detenzione e non invece una situazione di possesso.

Con riferimento al possesso idoneo a determinare l'usucapione di un immobile, la Suprema Corte stabilisce che "Il comodatario, quale detentore della cosa comodata, non può acquistare il possesso "ad usucapionem" senza prima aver mutato, mediante una "interversio possessionis", la sua detenzione in possesso, per causa proveniente da un terzo o in forza di una opposizione da lui fatta contro il possessore" (Cass. 24222/2009).

La donazione onuziale è un negozio formale e tipico caratterizzato nell'espressa menzione, nell'atto pubblico che la contiene, che l'attribuzione patrimoniale sia compiuta in riguardo di un futuro e determinato matrimonio

In presenza di comodato a tempo indeterminato, il comodante non ha il diritto di chiedere la restituzione dell'immobile in quanto, per effetto della comune volontà delle parti, si è impresso nel bene un vincolo di destinazione legato ad esigenze abitative e familiari, non potendo quindi far dipendere la cessazione del suddetto vincolo esclusivamente dalla volontà ad nutum del comodante, salvo la sopravvenienza di un urgente e improvviso bisogno, ex art. 1809, comma 2, c.c.

FE.MAR.

Documenti

Animali di affezione: risarcibilità del danno c.d. "interspecifico"

Paolo Donadoni

*Avvocato, Foro di Chiavari
Dottore di ricerca in bioetica*

Sommario: 1. *Premessa.* - 2. *Gli animali di affezione e le dinamiche relazionali con i padroni.* - 3. *Alcune considerazioni su natura e risarcibilità del c.d. "danno interspecifico" (patrimoniale e non patrimoniale).*

1. Premessa.

Nell'odierna società un resoconto del rapporto intercorrente tra uomini ed animali non potrebbe prescindere da una variegata pluralità di fenomeni che dimostrano sia la radice antropocentrica del nostro orizzonte morale, sia la subordinazione e, nel contempo, l'utilizzo strumentale di esseri viventi non ritenuti (filosoficamente) agenti morali né ritenuti (giuridicamente) soggetti di diritto, anzi per lungo tempo equiparati alle cose, ad oggetti inanimati, ed oggi per lo più situati in una posizione intermedia, una terra di mezzo, in cui vengono riconosciuti quali esseri viventi dotati di capacità di provare dolore e, quindi, tutelati soltanto nei confronti di inflizione (per condotta commissiva o omissiva) di sofferenza fisica non giustificata da interessi umani meritevoli di prioritaria tutela.

In buona sostanza, quindi, l'uomo usufruisce del vivente non-umano a vari fini. Gli animali sono beni oggetto di allevamento intensivo e macellazione da parte dell'industria alimentare, ed in tale contesto, di fatto, non vi è alcun rispetto nei confronti delle loro caratteristiche specie-specifiche. A tal riguardo basti rammentare l'alimentazione di animali erbivori con mangiami a base di carne e l'encefalopatia spongiforme bovina (il caso c.d. "mucca pazza, come denominato dagli organi di informazione).

Sotto diverso profilo, gli animali sono utilizzati a scopo di ricerca scientifica. Oramai da anni vengono prodotti i c.d. "animali biotecnologici", locuzione coniata per indicare il prodotto della moderna scienza genetico-ingegneristica. Per meglio configurare l'ampiezza del concetto di animale biotecnologico evinciamo dalla prassi tecnica la seguente categorizzazione quadripartita. Per *animale clonato* s'intende l'animale (definito: "derivato") dotato del medesimo genoma di un altro animale (definito: "capostipite") di cui, per l'appunto, si dice costituire la "copia genetica", vale a dire: è somaticamente identico (identico nel patrimonio genetico e nell'aspetto esteriore). L'*animale transgenico* è l'animale nel cui genoma risulta artificialmente inserito in maniera stabile un transgene. Per "transgene" si intende un gene esogeno, vale a dire proveniente da una specie biologica diversa (ed allora si avrà un *animale transgenico interspecifico*) oppure dalla stessa specie, eventualmente modificato ad opera dello sperimentatore (in tal caso ci troveremo dinanzi ad un *animale*

transgenico intraspecifico). Affine a tale nozione è la nozione di *animale knockout*, con la quale si intende indicare l'animale nel quale è stata indotta una mutazione del genoma che ha assunto carattere ereditario. Tuttavia tale mutazione può essere stata indotta tramite aggiunta di un gene esterno (ed allora l'animale knockout sarà pure transgenico giacché le due nozioni risultano in tal caso sostanzialmente sovrapponibili) oppure tramite inattivazione di un gene interno. Sicché, in via generale, la nozione di animale knockout è da reputarsi più ampia che quella di animale transgenico. Infine, per *animale chimerico* si intende l'animale dotato di cellule con differenti patrimoni genetici (anche se, solitamente, appartenenti alla medesima specie). L'animale chimerico, a differenza sia dell'animale transgenico che di quello knockout, non ha subito la manipolazione di un singolo gene, bensì possiede intere cellule provenienti da genomi diversi. Così si parla, ad esempio, di "pecapra", mezza pecora e mezza capra, e di "quallina", mezza quaglia e mezza gallina. Se può scandalizzare la prospettata ipotesi di un pollo a sei gambe, tuttavia esso «potrebbe contribuire a risolvere l'angoscioso e ricorrente problema alimentare delle famiglie numerose: chi mangia la coscia?» (1). Ebbene, l'idea di operare una selezione delle caratteristiche specifiche dell'animale, tramite manipolazione modificativa e selettiva dei geni che ne costituiscono il genoma, risponde all'intenzione di «creare organismi interamente progettati bioindustrialmente dagli illimitati utilizzi commerciali» (2).

Parimenti gli animali sono utilizzati a scopo salutistico-salvavita a vantaggio degli uomini, ed in effetti forniscono tessuti e organi per gli xenotrapianti dopo essere stati sottoposti a processi di alterazione genomica volta a compatibilizzarli con l'organismo umano ricevente (si tratta di un procedimento che viene usualmente definito di "umanizzazione dell'animale", vale a dire di progressiva riduzione della diversità genetica dell'organismo animale da cui si preleva rispetto all'organismo umano ricevente) per far fronte al rischio della reazione di rigetto. Gli xenotrapianti pongono una questione etica realmente interspecifica, dato che configurano una «interazione tra le specie» (3), contrapponendo diritti e/o interessi vitali dei soggetti umani e degli esseri viventi animali. Dunque, oltretutto la generale valutazione del *welfare assessment* degli animali, emergono peculiari interrogativi etici relativi all'utilizzo sacrificale dell'animale ed alla sua indotta alterazione genetica. In ambedue i casi, si tratta di analizzare lo *status* degli esseri umani e di rapportarlo con quello riconosciuto ovvero attribuito al vivente non-umano, in particolare agli animali superiori (4).

Ancora, gli animali vengono utilizzati come bioreattori naturali per la produzione di farmaci (*gene-farming*) (5): si pensi al caso di Genie, il primo suino capace di produrre una proteina umana nel latte.

La casistica è variegata e sono numerosi gli esempi che potremmo aggiungere.

Gli animali, inoltre, fungono a tutt'oggi da attrazioni in spettacoli circensi o folcloristici (notoriamente, ad es., la corrida). Un settore particolare dell'ecomafia, la c.d. "zoomafia", è monitorata dall'Osservatorio della L.A.V. (6) che aggiorna periodicamente su contrabbando di fauna e

bracconaggio, contraffazione di pesce, corse clandestine di cavalli, business dei canili, combattimenti clandestini tra animali e su tutta la struttura economica che ruota attorno a dette attività (ad es. scommesse, divulgazione di video, etc.). Si tratta soltanto di un breve abbozzo esemplificativo di una realtà molto più composita. Il quadro, tuttavia, non è apocalittico, sia perché talvolta gli scopi sono in effetti rilevanti per il progresso scientifico ed il perseguimento di scopi umani salutistici-salvavita, sia perché si tratta comunque del peso che grava su uno dei due piatti della bilancia cui si oppone, all'altro estremo, un contrappeso. Possiamo infatti riscontrare anche il graduale affermarsi di un fenomeno contrapposto (senza l'intenzione di esprimere giudizi morali, ci limitiamo a riscontrare come sussista una specularità di fenomeni che viaggiano in direzione opposta e contraria), che vede alcuni animali legarsi stabilmente ad alcuni esseri umani, i loro padroni, con cui vengono talora a condividere il vissuto quotidiano, in un rapporto uno ad uno che impregna il giorno dopo giorno, con ogni conseguenza che questo comporta, al punto da vestirli nell'immaginario collettivo con un abito di quasi-antropomorfizzazione (7).

2. Gli animali di affezione e le dinamiche relazionali con i padroni.

Premettiamo alcune considerazioni di ordine generale in riferimento al progressivo mutamento del concetto di animale stante l'evolversi delle cognizioni scientifiche che, infatti, ci consentono oggi di affermare pacificamente che gli animali non sono cose, né possono venire ad esse equiparati.

L'etologia cognitiva individua negli animali facoltà mentali e indaga le modalità del loro pensiero e l'eventualità di una coscienza (8). Certa letteratura si spinge al punto di affermare la capacità di alcuni animali di provare non solo dolore fisico ma anche emozioni superiori (9). Alcuni autori sostengono la capacità dei primati non umani di comunicare con gli uomini (anche se non si tratta di un dato pacifico) (10), dando luogo a forme, seppur rudimentali e semplificate, di 'linguaggio' interspecifico di tipo vocale, simbolico o equivalente a quello utilizzato dai sordomuti. Si pensi al noto caso dello scimpanzé Washoe a cui, negli anni settanta, i coniugi Gardner insegnarono più di cento segni derivati dall'A.L.S. (*American Sign Language*) (11). Neppure mancano posizioni teologico-filosofiche che, a partire dal riscontro che «in noi uomini si manifesta soltanto con maggiore evidenza quello "spirito" che è oggettivamente realizzato dovunque nel mondo» (12), giungono ad affermare l'immortalità degli animali.

Non possiamo quindi negare che alcuni animali (in genere si tratta di mammiferi compatibili con l'ambiente casalingo) contestualizzati nell'*urbe*, e così inseriti nel quadro di una concezione qualitativa della vita (in cui molto si discute di benessere e tempo libero), curati, vezzeggiati, abbigliati, dotati di nome proprio, hanno assunto un ruolo nuovo e sono stati caricati di intense valenze relazionali (13), diventando fraterni interlocutori dell'uomo (14).

Sotto questo profilo, in particolare, da un'osservazione del fenomeno emergono alcuni tratti salienti, che possono venire assunti come addendi, per lo più congiuntamente necessari, per attribuire la qualifica di "animale d'affezione": la frequentazione con il padrone (anzitutto, l'abitare nella stessa casa), la cura, l'attribuzione di un nome (15), la non-edibilità, talvolta anche la sepoltura.

La nozione di "cura", peraltro, non si circoscrive all'assenza di fenomeni di maltrattamento, bensì comprende - nelle

varie ipotesi - addestramento, tolettatura, spazzolatura, controlli veterinari, somministrazione di farmaci, trattamenti fisioterapici, operazioni chirurgiche in cliniche specialistiche, acquisto di cibi, regalie, abbigliamento con articoli similari a quelli degli uomini, attenzione per l'estetica e la cosmesi, possibilità di dormire sul letto del padrone o in prossimità. A ciò si aggiungono prassi comportamentali dei padroni, quali: parlare ai propri *pets*, conservarne le fotografie nel portafogli, esporle in casa o sul posto di lavoro, celebrarne le ricorrenze, organizzarne gli accoppiamenti, etc. (16). Su *facebook* vi sono profili realizzati dai padroni a nome dei loro animali di affezione. Viaggiando nel *world wide web* non è inconsueto imbattersi in *community* e *blog* in cui gli utenti possono scambiarsi esperienze o raccontare dei loro compagni non-umani (tendenzialmente sovrabbondano gli inserti fotografici). Portali internet sono dedicati ad annunci di vario genere ed informazioni di utilità pratica (anche tramite video esplicativi di veterinari, offrendo la possibilità di completare questionari o verificare gli esiti di sondaggi a tema). Numerosi, d'altronde, i siti per la commercializzazione on-line di prodotti, gadgets e oggettistica specifica per gli animali di affezione. Si pone attenzione, e si commercializzano prodotti dedicati, ad es., per l'alitosi e la placca dentale dei quattro zampe; più genericamente la salute degli animali d'affezione costituisce oggetto di studi, ricerche, convegni. D'altro canto, si ragiona di buona vecchiaia e buona morte non soltanto per gli uomini ma anche per gli animali d'affezione, estendendo a loro la riflessione bioetica sulla fase terminale della vita e sull'eutanasia, per ridurre le sofferenze e migliorare la qualità del quotidiano.

«Il pet è spesso oggetto di antropomorfizzazione che proietta su di esso gusti, esigenze ed interessi del proprio padrone» (17). Ciò può portare, talvolta, a considerare il *pet* come un «accrescimento simbolico della personalità del padrone», in quei casi in cui l'animale d'affezione «viene a condurre esattamente il suo stesso stile di vita (per esempio indossare abiti di un certo tipo confezionati su ordinazione o avere il pelo tinto di un certo colore)» (18). A dimostrazione del fatto che l'animale d'affezione diviene sempre più compartecipe delle abitudini di vita del suo padrone, le persone vegetariane o vegane possono nutrire secondo le stesse regole i loro animali d'affezione, dato che si trovano in vendita, anche per gli animali, prodotti per questo tipo di alimentazione (19). Parimenti vari esercizi pubblici o aperti al pubblico (bar, ristoranti, alberghi, pensioni, agriturismi, etc.) consentono l'accesso e la permanenza ai padroni con i propri animali d'affezione al seguito, assumendo la loro compagnia come consuetudine.

Attorno agli animali di affezione sono sorte alcune attività professionali, dalle più pragmatiche alle più surreali, dai *dog-sitter* (locuzione chiaramente modellata su *baby-sitter*) ai comunicatori telepatici con gli animali (20).

Alla categoria degli animali di affezione vengono quindi estese prassi proprie degli uomini (quali, per l'appunto, il risiedere in civili abitazioni, il cibarsi di viveri acquistati nei supermercati, etc.), e ciò è reso manifesto dall'applicazione per analogia del linguaggio consuetudinario adoperato per gli umani: specialmente nel caso dei cani, gli esemplari orfani di padrone, ad es., vengono talvolta fatti oggetto di c.d. "adozione".

Il legame affettivo e familiare intercorrente tra il padrone e l'animale d'affezione, pertanto, costituisce oggi dato di fatto, e si lega alla consolidata prassi di una stabile convivenza quotidiana, per cui l'animale d'affezione condivide il contesto di

vita del padrone e partecipa delle sue abitudini, non solo come presenza costante ma anche quale interlocutore dinamico.

L'elaborazione del lutto ed i riti della sepoltura, inoltre, risultano oramai estesi anche agli animali d'affezione, con la realizzazione di cimiteri *ad hoc* (sia virtuali, tramite registrazione on-line dei dati dell'animale e pubblicazione di fotografie e dediche; sia realmente edificati in varie regioni d'Italia (21) in base alle specifiche legislazioni regionali) e l'applicazione analogica delle prassi che ne fungono da corollario (es. esequie funebri, fotografie e anniversari commemorativi, benefici ereditari, lapidi con targhe identificative, visite ai luoghi tombali, etc.), dato che detta categoria di animali sembra oramai assimilata nei nostri registri sociali e simbolici.

Nella vita come nella morte, pertanto, gli animali d'affezione appartengono all'immaginario affettivo e famigliare del loro padrone, e con sempre maggiore frequenza ricevono un trattamento non dissimile da quello dei parenti umani.

L'ordinamento giuridico, che in effetti ha già iniziato ad affrontare il tema, dovrà tenere conto degli sviluppi socio-culturali in atto nelle relazioni tra l'uomo e la categoria degli animali d'affezione, e delle implicazioni che ciò comporta, specialmente in ambito famigliare e sotto profilo risarcitorio (22).

Risulta di pronta constatazione come in molte famiglie vivano stabilmente, ad esempio, cani o gatti, i quali vengono trattati con ogni riguardo e caricati di valenze relazionali ed affettive. Tale prassi, gradualmente, viene supportata dalla riflessione sociologica, filosofica e da riscontri giuridici (la considerazione etica degli animali e la loro tutela giuridica, come esseri viventi senzienti, sono temi oramai acquisiti dalla letteratura del settore) (23).

Siamo di fronte ad una precisa categoria di animali (oggi categoria tipica dell'ordinamento giuridico) (24), frequentemente definiti dal vocabolo inglese d'uso comune *pets*, italianizzato con le locuzioni "animali da compagnia" o "animali d'affezione" (25). Noi abbiamo assunto quest'ultima locuzione, più indicata per esprimere il senso della relazione che si stabilisce tra il padrone ed il suo animale, la quale non si circoscrive all'elemento fattuale della compagnia (ogni animale domestico "tiene compagnia") ma contempla anche - e primariamente - la componente dell'affettività.

La nozione ed il ruolo dell'animale d'affezione hanno trovato referente legislativo, in Italia, con la L. 281/1991 con cui: «Lo Stato promuove e disciplina la tutela degli animali di affezione, condanna gli atti di crudeltà contro di essi, i maltrattamenti ed il loro abbandono, al fine di favorire la corretta convivenza tra uomo e animale e di tutelare la salute pubblica e l'ambiente». In essa il legislatore si riferisce a «cani, gatti o qualsiasi altro animale custodito nella propria abitazione» (art. 5). Come si evince da tale definizione, l'essere "custodito" nell'abitazione, vale a dire la sua coincidenza con l'ambiente di vita del padrone, costituisce elemento determinante per la qualifica di questa categoria di animale.

Il legislatore, pertanto, ha circoscritto la definizione con una precisa scelta locativa (l'animale deve coabitare con il padrone) e, nel contempo, l'ha invece lasciata aperta quanto alla specie (qualsiasi animale può essere ritenuto d'affezione, se abita con il suo padrone). Ciò potrebbe indurci a ritenere che la nozione di animale d'affezione coincida con quella di animale domestico, salvo il fatto che - come subito si percepisce - il mutamento dei costumi sociali ha determinato la coabitazione, oggi, tra uomini e animali che non appartengono alla categoria degli animali domestici (ad es. serpenti

o animali esotici di importazione). Il punto di pregio risiede quindi nella considerazione che i membri della famiglia in cui è inserito hanno per l'animale d'affezione: il rapporto che si instaura con il padrone deve essere determinato da motivi di compagnia, affetto, compartecipazione (26).

3. Alcune considerazioni su natura e risarcibilità del c.d. "danno interspecifico" (patrimoniale e non patrimoniale).

Nell'ipotesi in cui un animale d'affezione venga ucciso con dolo o colpa è possibile una tutela giuridica della relazione intercorrente tra lui ed il suo padrone? A questo punto occorre procedere ad alcune distinzioni. Anzitutto il padrone patisce un danno "patrimoniale" che può ritenersi ristorato dalla corresponsione del valore economico dell'animale e/o delle spese veterinarie, farmacologiche, etc., sostenute per assisterlo. Ma è riconoscibile in favore del padrone la risarcibilità di un danno "non patrimoniale"? Questa è la domanda che interroga oggi, in sede di responsabilità civile, la riflessione dottrina e giurisprudenziale.

Orbene, l'ermeneutica nomofilattica delle quattro sentenze 'gemelle' delle Sezioni Unite novembrine del 2008 ci ha indicato come le lesioni che attengono alla sfera morale, biologica o ad altri diritti inviolabili della persona dotati di copertura costituzionale, vadano considerate quali «voci», non subcategorie, identificative di «pregiudizi», non danni. Ciò premesso occorre verificare se tali voci di pregiudizio possano trovare riscontro nel caso in esame.

Per una considerazione complessiva della fattispecie suggerisco di ricorrere al neologismo "danno interspecifico" (27), che consente di raccogliere in una figura dogmatica onnicomprensiva tutti i pregiudizi patiti dal padrone per la lesione o l'uccisione del suo animale d'affezione. L'adozione di un identificativo linguistico, d'altronde, agevola nel concepire l'autonomia di una figura giuridica. Il denominatore comune, pertanto, è la fattispecie: la lesione o l'uccisione dell'animale d'affezione e la conseguente alterazione o interruzione della sua dinamica relazionale con il padrone. È in base alla fattispecie che si definisce il danno interspecifico, da verificarsi poi nella concreta sussistenza o meno delle sue varie componenti patrimoniali e non patrimoniali.

In dottrina, assodata la rilevanza giuridica della relazione tra padrone e animale di affezione, si comincia a formulare l'ipotesi di estendere la risarcibilità del danno non patrimoniale a fattispecie di uccisione di un animale d'affezione. Tale risarcimento verrebbe monetizzato in una somma di denaro posta a carico del danneggiante ed in favore del padrone dell'animale-vittima, come diritto di cui quest'ultimo (il padrone) sarebbe da considerarsi titolare *iure proprio* (28).

A partire dalla metà degli anni novanta in Italia è reperibile una giurisprudenza di merito (29) che, sebbene in modo episodico e con esiti altalenanti, aveva dimostrato una certa attenzione per il tema e (sulla scorta della giurisprudenza francese, molto più sensibile al «*droit à l'affection*» del padrone dell'animale, ed al «*préjudice moral*» che consegue in danno del medesimo nell'ipotesi di uccisione del suo animale) si erano avute pronunce piuttosto interessanti.

In alcuni passaggi suggestivi si legge, ad es., che «la relazione affettiva con l'animale può dunque avere rilevanza sotto diversi profili; in campo di responsabilità civile, essa potrebbe esigere di non limitare il risarcimento al danno morale, ma di riferirlo al danno non patrimoniale risentito per la perdita di un affetto che si annovera tra i beni della personalità» (Pret. Rovereto, sez. pen., sent. n. 177/94 del

02.06.1994); «il rapporto affettivo, sicuramente intenso, esistente tra l'attrice [...] e il suo cane, dimostrato anche dall'immediato soccorso prestato all'animale, dalle successive premure, dall'ansia e dalle preoccupazioni per l'eventuale decesso dello stesso, ampiamente giustificano l'insorgenza del trauma psico-fisico della nominata attrice, la quale, di conseguenza, ha pieno titolo a conseguire, per questo, un adeguato risarcimento, in aggiunta al risarcimento spettante per le spese sostenute presso la struttura veterinaria e per l'acquisto dei farmaci» (Giud. Pace Padova, sent. n. 238/00 del 20.03.2000); «la relazione affettiva con l'animale può avere rilevanza sul piano della tutela aquiliana, potendo richiedere che questa si estenda al risarcimento del danno non patrimoniale patito in conseguenza della perdita di un affetto che può essere annoverato tra i beni della personalità» (Trib. Roma, sez. XI civ., sent. n. 22246/02 del 17.04.2002); non può negarsi «la esistenza di un danno non patrimoniale derivante dalla lesione di interessi di rango costituzionale inerenti alla persona, c.d. danno esistenziale, e quindi il riconoscimento di un giusto indennizzo per le sofferenze morali causate, nella fattispecie, dalla perdita del furetto che conviveva da cinque anni con l'attore» (Giud. Pace Milano, sent. n. 6924/04 del 03.05.2004).

Recentemente, tuttavia, le quattro sentenze 'gemelle' delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel novembre 2008 (30) (in espresso riferimento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 14846/2007 che aveva rigettato una richiesta di risarcimento del danno esistenziale per la morte «dell'amato cavallo X, cui i coniugi erano particolarmente affezionato») (31) hanno affermato categoricamente che «per difetto dell'ingiustizia costituzionalmente qualificata (32) [...] non è stato ammesso a risarcimento il pregiudizio sofferto per la perdita di un animale (un cavallo da corsa) incidendo la lesione su un rapporto, tra l'uomo e l'animale, privo, nell'attuale assetto dell'ordinamento, di copertura costituzionale». Ciò parrebbe escludere la possibilità di un risarcimento di carattere non patrimoniale del danno patito dal padrone dell'animale d'affezione. Le sentenze delle Sezioni Unite, tuttavia, sul punto sono state oggetto di critiche taglienti in dottrina (33) e già sconfessate da successiva giurisprudenza di merito che ha ritenuto che «la tutela dell'animale di affezione [...] deve ritenersi dotata di un valore sociale tale da elevarla al rango di diritto inviolabile, ex art. 2 Cost.», ed ha quindi liquidato il danno non patrimoniale in favore dei due padroni di un cane deceduto - secondo un calcolo effettuato in via equitativa - nella somma di Euro 3.000,00 ciascuno (34).

In questa sede ci consentiamo alcune brevi considerazioni, da intendersi quali mere sollecitazioni per un più accorto approfondimento della fattispecie in esame.

Relativamente ai profili di carattere non patrimoniale legati al pregiudizio arrecato a diritti inviolabili della persona con copertura costituzionale, si intende specificamente la salvaguardia della persona(lità) dell'individuo, vale a dire del suo itinerario di realizzazione anche tramite le dinamiche relazionali con il suo animale d'affezione, essere vivente dotato di capacità senzienti, percettive ed emozionali, nonché di pensiero. «Gli animali costituiscono una parte importante dei sistemi sociali umani. Essi contribuiscono a creare un piacevole stile di vita ed aiutano i loro proprietari a mantenerlo» (35).

L'art. 2 Cost. «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo» e ciò «sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». Di tale disposizione nor-

mativa si apprezza oggi la natura di clausola (non «riassuntiva» ma) «aperta», a contenuto atipico (36). Alla successiva (nella sistematica costituzionale) individuazione di specifici diritti, infatti, deve attribuirsi la natura di elencazione non tassativa ma esemplificativa, avente lo scopo di positivizzare alcune (non di esaurire tutte le) fattispecie dirittuali. D'altronde, secondo logica e ragionevolezza, nessuna previsione enumerativa potrebbe ritenersi definitivamente esaurire la tutela della persona(lità), né tale tutela potrebbe ritenersi sottostare a limiti pregressi invalicabili, impermeabili alle nuove esigenze ed emergenze sociali e culturali.

La realtà unitaria, il fulcro della sostanza giuridica, è il valore della persona e, ad un tempo, la persona come valore. Tale prospettiva consente di storicizzare il concetto costituzionale di persona, che non è riferito a (o, comunque, non si esaurisce in) diritti pre-esistenti e, quindi, pre-fissati, ma piuttosto è da intendersi quale portatrice di valori che informano tutto l'ordinamento giuridico.

L'elencazione della carta costituzionale, ove individua specifici diritti esplicativi del valore persona, è (*recte*: non può che essere) suscettibile di successiva integrazione, in conseguenza dell'evoluzione socio-culturale (37). In questa direzione volgono anche le Sezioni Unite del novembre 2008 ove affermano che «la tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana».

L'art. 3 c. 2 Cost. mira a consentire e tutelare «il pieno sviluppo della persona», che rappresenta l'obiettivo prioritario dell'ordinamento costituzionale, il che significa - esplicitando - l'affermazione del primato della persona. Che il costituirsi di un rapporto tra uomo ed animale abbia il potere di influire in misura determinante sullo sviluppo della persona(lità) è concetto di pronta constatazione e, comunque, posto alla base della *pet therapy* (38) che mira a conservare il buono stato di salute ovvero a sanare eventuali patologie degli esseri umani mediante l'incentivazione di una loro frequentazione (guidata) con alcuni animali appositamente scelti ed addestrati. Quindi, nella fattispecie in esame, qualora sia riconosciuta la presenza dell'animale d'affezione come elemento in grado di apportare beneficio alla persona(lità) di un essere umano (il suo padrone), in via speculare occorre riconoscere che il decesso di tale animale non può che costituire un elemento in grado di cagionare maleficio alla persona(lità) di quel medesimo essere umano.

Lo sviluppo delle dinamiche socio-culturali ha portato ad una civiltà che mira a valorizzare l'individuo nelle «sue» attitudini e volontà di autodeterminazione, e nella costruzione di una «sua» socialità (comunque legittima per quanto atipica, salvo il limite del danno altrui): in pratica, ha condotto al primato della personalità (la persona nella sua accezione dinamica, nell'esplicazione *in fieri* del proprio io). La stessa formulazione delle disposizioni della Costituzione italiana sancisce la centralità della persona e la tutela della sua autorealizzazione (artt. 3 c. 2 Cost. e 13 c. 1 Cost., ma anche art. 21 Cost. in quanto il comportamento è una modalità espressiva del proprio pensiero al pari della parola e dello scritto).

Pare fuor di dubbio - a livello constatativo fattuale - che l'in-

dividuo costruisca la sua personalità nella relazione con l'altro, sia intraspecifico (gli umani) che interspecifico (gli animali, con peculiare riferimento alla categoria degli animali d'affezione), e pertanto non può essere aprioristicamente negato il suo diritto risarcitorio per menomazioni della personalità patite a cagione di azioni altrui dolose o colpose che arrechino irreversibile pregiudizio a tale relazionalità.

D'altronde non paiono invece sussistere motivi preclusivi, che inducano a ritenere non meritevole di tutela la socialità di vita e il rapporto affettivo che si instaura tra il padrone e il suo animale d'affezione. La tecnica interpretativa del combinato disposto consente pertanto di ricavare dall'ordinamento giuridico italiano la possibilità di risarcire il danno non patrimoniale patito dal padrone per la lesione o l'uccisione dell'animale d'affezione, e ciò rinvenendo quali referenti normativi l'art. 2059 cod. civ. e alcuni principi della Carta costituzionale, in particolare (alla luce di quanto succintamente suesposto) gli artt. 2, 3 c. 2, 13 c. 1 e 21 Cost., che consentono di ricomprendere la relazione interspecifica tra gli atti di libertà autodeterminativa dell'individuo, quale forma di aggregazione sociale spontanea che da luogo a dinamiche relazionali in cui l'individuo esplica la sua personalità.

Come a dire che il padrone, in diretta conseguenza causale della morte del suo animale d'affezione, non soltanto patisce un danno materiale, stante la perdita di un bene dotato di valore economico, ma patisce altresì un ulteriore, complementare ed altrettanto ingiusto danno consistente nella perdita del compagno di vita quotidiana. Tale perdita può comportare sia un turbamento emotivo (39) (il pregiudizio c.d. "morale"), sia una vera e propria patologia (il pregiudizio c.d. "biologico"), sia - infine - un decremento perdurante della qualità di vita successiva, ed è questo l'aspetto nuovo che anzi rappresenta il pregiudizio più rilevante. Il padrone patisce il venir meno, nel vissuto quotidiano, della relazione instaurata con il proprio animale d'affezione.

Difatti, eccettuate le possibili ripercussioni sulla salute (eventualmente sussumibili nella predetta categoria del danno biologico), la vita del padrone subisce una duplice diminuzione qualitativa, poiché viene colpita sia la *qualità psicologico-interiore* sia la *qualità fisico-estere* della vita quotidiana (la soppressione di un tu individuale, specifico, non rimpiazzabile: quell'animale come interlocutore, verso cui il padrone aveva effettuato un investimento personale di tempo, denaro ed affetto). Tali pregiudizi, strettamente correlati, contemplan la reciproca inerenza affettiva che caratterizza il rapporto interspecifico padrone/animale d'affezione, e considerano l'alterazione dei rapporti familiari, sociali e culturali nel turbamento delle ordinarie abitudini di vita e della serenità personale, nel contempo chiamando in causa varie percezioni sensoriali della persona accese dal substrato affettivo che le informa(va) di sé.

Dobbiamo pertanto fidare che la Suprema Corte, con un auspicabile ravvedimento operoso, imprima presto le sue orme in direzione opposta e contraria a quelle incidentalmente lasciate in un passo marginale delle citate Sezioni Unite del novembre 2008.

Note:

- (1) P. Vezzoni, M.G. Sacco, A. Villa, *Animali chimerici, transgenici, knockout e clonati*, in AA.VV., *Clonazione: problemi etici e prospettive scientifiche*, Milano, CNR - Le Scienze, 1997, p. 16.
 (2) J. Rifkin, *Il secolo Biotech*, Milano, Baldini & Castoldi, 1998, p. 166.

(3) L. Battaglia, *Lo xenotrapianto in un'etica interspecifica*, in "L'Arco di Giano", 1999, n. 21, p. 67.

(4) D. Lamb, *Etica e trapianto degli organi*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 156: «Vi sono obiezioni molto serie sulla distruzione di esseri senzienti per fini umani. Gli scimpanzé, per esempio, appartengono a una specie in pericolo. Nel mondo ne restano circa 100.000: se cominciasse ad essere ricercati come fonti di organi, la loro sopravvivenza si rivelerebbe impossibile. Presumibilmente, le proposte di istituire allevamenti di scimpanzé destinati a questo scopo supererebbero l'obiezione basata sulla sopravvivenza della specie. Ma questo solleverebbe l'interrogativo circa la giustizia del trattamento di una forma di vita così complessa e sviluppata come fonte di parti di organismi viventi».

(5) In sostanza, si realizza un Dna ibrido in grado di condurre all'organismo ospitante una sintesi contemporanea della proteina desiderata e degli enzimi necessari per la sua elaborazione. Ciò fatto, lo si inocula nell'animale prescelto. In tal maniera si mira a trarre dal latte di codesti animali proteine umane di interesse farmacologico a costi limitati.

(6) Da ultimo, cfr. C. Troiano, *Rapporto Zoomafia 2009 - Animali, legalità e sicurezza: lineamenti di politica criminale e strategie operative*, Roma, L.A.V., pubblicazione presentata al Senato della Repubblica il 22.06.2009 nell'ambito del Decennale dell'Osservatorio Zoomafia della L.A.V. (reperibile in www.lav.it).

(7) G. Grasselli, *Persone e animali*, in P. Condon (a cura di), *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, vol. II, Torino, Utet, 2009, p. 1651, esordisce così: «uomini e animali: un legame, un conflitto? Forse l'una cosa e l'altra».

(8) Cfr. R.D. Griffin, *Menti animali*, Torino, Bollati Boringhieri, 1999; G. Vallortigara, *Altre Menti*, Bologna, Il Mulino, 2000; F. Ci-matti, *La mente silenziosa*, Roma, Editori Riuniti, 2002.

(9) Cfr. J. Moussaieff Masson e S. McCarthy, *Quando gli elefanti piangono. Sentimenti ed emozioni nella vita degli animali*, Milano, Baldini & Castoldi, 1996.

(10) *Contra*, ad es., I. Tattersall, *Il cammino dell'uomo*, Milano, Garzanti, 1998, p. 61 ss..

(11) Cfr. R. Fouts e S. Tukul Mills, *La scuola delle scimmie. Come ho insegnato a parlare a Washoe*, Milano, Oscar Mondadori, 2000.

(12) E. Drewermann, *Sulla immortalità degli animali*, Vicenza, Neri Pozza, 1997, p. 38.

(13) Sul sito del Ministero della Salute (www.salute.gov.it), nella sezione rubricata *Benessere degli animali*, si legge: «il progressivo miglioramento della qualità di vita, specie nelle società complesse come quelle dei Paesi industrializzati, ha accentuato sempre più la tendenza a considerare gli animali non solo come fonte di servizi e di nutrimento, ma come compagni della propria esistenza degni di ricevere amore e rispetto». Dal Ministero della Salute è stato attivato il Centro di referenza nazionale per il benessere animale presso l'Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Lombardia e dell'Emilia Romagna per l'identificazione delle esigenze fisiologiche ed etologiche, la predisposizione di linee guida e l'attività di consulenza e aggiornamento a vantaggio degli operatori del settore.

(14) Per un inquadramento della questione, cfr. S. Tonutti, *Da "lubrificante sociale" a "operatore totemico": il pet nella società occidentale*, in AA.VV., *Bioetica e professione medico veterinaria*, Cesena, Macro, 1999, pp. 143-151.

(15) E. Tassone, *Aspetti psicologici nel legame affettivo tra gli esseri umani e gli animali da compagnia*, in Comitato Bioetico per la Veterinaria, *I cani pericolosi come problema bioetico*, Torino, E.M.S., 2006, p. 36: «le persone desiderano assegnare un nome proprio anche agli animali [...] che sono per loro importanti: facendo così, infatti, ne riconoscono l'individualità e ne fanno oggetto di trattamenti speciali».

(16) E. Tassone, *cit.*, p. 37 ss..

(17) S. Tonutti, *cit.*, pp. 146-147.

(18) E. Tassone, *cit.*, p. 40.

(19) Cfr., ad es., *www.ami.aminews.net*.

(20) E. Grassi, nella *Premessa* a J. Adams, *Parlando con gli animali*, Desenzano del Garda, Paco, 2003, p. 9: «Negli Stati Uniti (e ora cominciano a esserci anche in Italia) ci sono persone [...] il cui lavoro è comunicare telepaticamente con gli animali».

(21) A mero titolo esemplificativo: il «Club Caronte» a Vigevano, «Il parco degli animali» a Piobesi Torinese, prov. di Torino; «Il paradiso di Tom e Jerry» ad Altedo, prov. di Bologna; il cimitero sito nel Parco Basso Isonzo di Padova; «Il riposo di Snoopy» a Grizzana Morandi, prov. di Bologna; «Il Ponte dell'Arcobaleno» a Villanova del Sillaro, prov. di Lodi; etc.

(22) Sul sito del Ministero della Salute (*www.salute.gov.it*), nella sezione rubricata *Benessere degli animali*, si legge: «a questa accresciuta attenzione e diversa sensibilità della società nei confronti del mondo animale corrisponde la volontà degli organi di governo di riconoscere agli animali anche nelle impostazioni normative quella dignità di soggetti che hanno conquistato nelle relazioni sociali».

(23) Per il pubblico italiano, cfr. S. Castignone (a cura di), *I diritti degli animali*, Bologna, Il Mulino, 1985; S. Castignone, *Nuovi diritti e nuovi soggetti*, Genova, Ecig, 1996; T. Regan, *I diritti degli animali*, Milano, Garzanti, 1990; P. Singer, *Liberazione animale*, Milano, Mondadori, 1991 (oggi: Milano, Il Saggiatore, 2003).

(24) L. 14.08.1991 n. 281, *Legge quadro in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo*, in «Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana», 30.08.1991 n. 203, come modificata dall'art. 51, D.lgs. 24.06.1998 n. 213, *Disposizioni per l'introduzione dell'EURO nell'ordinamento nazionale, a norma dell'articolo 1, comma 1, della L. 17 dicembre 1997, n. 433*, in suppl. ord. della «Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana», Roma, 08.07.1998 n. 157.

(25) In realtà non si ravvisa una uniformità linguistica neppure a livello legislativo, dato che, mentre la l. 281/91 adopera, già dal titolo, la locuzione «animale di affezione», le leggi regionali fanno invece uso della locuzione «animale da compagnia».

(26) In questo senso, cfr. S. Castignone, *La morte dell'animale d'affezione*, in P. Cendon e P. Ziviz (a cura di), *Il danno esistenziale*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 267.

(27) Ho già perorato l'adozione di tale neologismo in altre occasioni. Mi consento di segnalare: P. Donadoni, *L'animale di affezione nella giurisprudenza italiana*, in R. Marra e I. Fanlo Cortes, a cura di, *Filosofia e realtà del diritto. Studi in onore di Silvana Castignone*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 199-210; P. Donadoni, *Famiglia e danno interspecifici?*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2008, pp. 529-544.

(28) In questo senso si è espressa autorevole dottrina: cfr. P. Zatti, *Chi è il "padrone" del cane?*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», I, 1995, pp. 138-139; G. Citarella e P. Ziviz, *Il danno per la morte dell'animale d'affezione*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», I, 1995, p. 788; S. Castignone, *La morte dell'animale d'affezione*, in P. Cendon e P. Ziviz (a cura di), *Il danno esistenziale*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 275; S. Castignone, *Il "diritto all'affetto"*, in A. Mannucci e M. Tallacchini (a cura di), *Per un codice degli animali*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 127; S. Castignone, *L'uccisione dell'animale d'affezione*, in P. Cendon (a cura di), *Trattato breve dei nuovi danni*, Padova, Cedam, 2001, vol. III, pp. 2457-2472.

(29) Per una sintesi efficace della casistica giurisprudenziale, cfr. G. Grasselli, *Persone e animali*, in P. Cendon (a cura di), *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, vol. II, Torino, Utet, 2009, pp. 2659-2666.

(30) Cass. civ., sez. un., 11.11.2008, n. 26972; Cass. civ., sez. un., 11.11.2008, n. 26973; Cass. civ., sez. un., 11.11.2008, n. 26974;

Cass. civ., sez. un., 11.11.2008, n. 26975. Un sunto dei contenuti delle quattro sentenze, nonché il testo per esteso della prima, si possono reperire in «Danno e responsabilità», 2009, pp. 19-32.

(31) Cass. civ., 27.06.2007 n. 14846 (in *www.personaedanno.it*).

(32) Si concorda con quanto sostenuto da G. Cricenti, *Il danno al valore di affezione: il cavallo e il congiunto*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2008, I, p. 219, vale a dire che le Sezioni Unite, negando copertura costituzionale alla conservazione della sfera della propria integrità affettiva, abbiano ottenuto l'effetto di negare «alla persona, nello stesso tempo in cui la si pone al centro delle «cure aquiliane», un interesse che è componente della sua personalità, quale quello all'affetto verso gli animali».

(33) Tra i primi commentatori, M. Franzoni, *Cosa è successo al 2059 c.c.?*, in «La responsabilità civile», 2009, p. 25, nel caso in esame ritiene corretta l'esclusione di tale danno nella misura in cui viene proposto quale lesione della proprietà: «del resto si trattava di un cavallo da corsa, non del cane ad uso di un cieco, rispetto al quale mi sembra che si possa ipotizzare uno scenario molto più possibilista». In aperto contrasto con le Sezioni Unite, invece, a tal riguardo, le posizioni di P. Cendon, *L'urlo e la furia*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2009, I, pp. 72-73; D. Chindemi, *Una nevicata su un campo di grano*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 147-148; toni contrastivi ancor più vividi in M. Di Marzio, *Danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*, in P. Cendon (a cura di), *Il risarcimento del danno non patrimoniale - parte generale*, Torino, Utet, 2009, pp. 534-538; F. Bilotta, *I pregiudizi esistenziali: il cuore del danno non patrimoniale dopo le S.U. del 2008*, in «La responsabilità civile», 2009, p. 50.

(34) Trib. Rovereto, 18.10.2009 (in *www.personaedanno.it*). La sentenza viene citata favorevolmente in M. Sella, *I danni non patrimoniali*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 155-157.

(35) J. Quackenbush, *La morte di un animale da compagnia. Come essa può colpire i proprietari*, in J. Quackenbush e V. Voith, *Il legame tra l'uomo e l'animale da compagnia*, Roma, Delfino, 1987, p. 136.

(36) P. Perlingieri e R. Messinetti, *sub. art. 2*, in P. Perlingieri (a cura di), *Commento alla Costituzione Italiana*, Napoli, Esis, 1997, p. 8.

(37) C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova Cedam, 1976, vol. II, p. 1037: «il principio personalistico posto alla base della costituzione null'altro significato può assumere se non quello della recezione dei valori nel medesimo racchiusi quali emergono dalla coscienza sociale del nostro tempo».

(38) *Pet therapy* è neologismo anglosassone cui, nella letteratura italiana, vien fatta corrispondere per lo più la locuzione «Uso Terapeutico degli Animali da Compagnia» (siglata U.T.A.C.). Per una verifica della *pet therapy* sotto profilo bioetico, cfr. L. Battaglia, *Dimensioni della bioetica*, Genova, Name, 1999, pp. 262-269.

(39) Conc. Udine, 09.03.1995 (in «La nuova giurisprudenza civile commentata», I, 1995, pp. 784-790). Nella motivazione della sentenza (che riguarda l'uccisione di una gattina investita da una autovettura nel cortile condominiale) si legge: «La morte della bestiola ha provocato pregiudizio ingiusto alla persona della sig.ra X [n.d.r. parte attrice] facendole avere una crisi di aritmia e cadere in uno stato di angoscia». Il Conciliatore ha pertanto risarcito (quantificandolo nella somma equitativa di L. 50.000) il danno «morale» dell'attrice, seppure sotto la qualifica erronea di danno «biologico».

Il diritto del sosia sul proprio ritratto

Alessandro Gazzolo e Tommaso Gazzolo*

Sommario: 1. Ritratto e somiglianza: l'immagine di sé. - 2. Il ritratto del sosia e la sua tutela giuridica.

1. Ritratto e somiglianza: l'immagine di sé.

A trentacinque anni dal caso della fotografia della coppia di (presunti) agricoltori utilizzata per un manifesto contro il divorzio(1), dottrina e giurisprudenza hanno portato a compimento la costruzione di un "diritto alla non conoscenza altrui della propria immagine"(2) costituzionalmente tutelato entro la sfera dei cosiddetti diritti della personalità. Il concetto di *immagine di sé*, tuttavia, resta indefinito e profondamente problematico per il giurista che voglia indagare sulla portata autonoma della nozione giuridica di ritratto, in quanto distinta dalla tutela accordata ad altri diritti della personalità.

L'immagine della propria *sembianza fisica*, ossia il ritratto (ai sensi del combinato disposto degli artt. 10 cod. civ. e 96-98 L. n. 633/1941) non può, infatti, essere confuso con l'*immagine sociale*.

Sotto tale profilo, la dottrina ha definito il ritratto nei termini di "un'opera dell'arte figurativa od una fotografia (comprendendovi anche i fotogrammi di un film a norma dell'art. 87 legge di autore) dove appaiono, riconoscibili, le sembianze di una persona determinata"(3). In tal senso, il termine "immagine" di cui all'art. 10 cod. civ. non può che identificarsi, anche attraverso il richiamo dell'art. 97 l. autore, con la rappresentazione delle sembianze e dell'aspetto fisico del soggetto attraverso il suo ritratto(4).

Giuridicamente, del resto, non può che parlarsi di un diritto sul *proprio* ritratto, e non alla propria immagine, la quale, di per sé, non è che una sensazione, non ha che una forma di esistenza puramente coscienziale: "Se io mi pongo dinanzi allo specchio per vedere le mie sembianze - scriveva il Giannini -, veggio la mia immagine, ma su di essa non ho alcun diritto"(5).

Tale ritorno alla separazione originaria tra ritratto-immagine ed immagine sociale, può, a mio avviso, condurre ad una riconsiderazione di alcuni casi-limite, come quelli della cosiddetta "maschera scenica" o del sosia, con soluzioni (apparentemente) critiche rispetto a quelle accolte dalla giurisprudenza in alcuni *leading-cases* in materia.

Sarebbe certo interessante dedicare più ampie premesse alla radice stessa della definizione, ossia alla relazione tra ritratto e rappresentazione della sembianza della persona ritrattata ed al caso della cosiddetta "mancata rassomiglianza".

Se il ritratto che ho commissionato ad un pittore - senza, tuttavia, alcuna pattuizione contrattuale sulla tecnica e le modalità dell'esecuzione - finisce per non rassomigliarmi affatto, potrò rifiutarmi di acquistarlo e, soprattutto, avrò, indipendentemente dalle sorti della proprietà della tela, un diritto su quell'immagine, che non mi somiglia affatto?

Ricca-Barberis narra che, nella Budapest degli anni Trenta, ad un pittore al quale il committente aveva rifiutato il prezzo in quanto il quadro non gli era rassomigliante, altro non era rimasto che ricorrere all'astuzia: "Sto bene - disse - io mi tengo il quadro a patto ch'Ella dichiari per scritto che il ritratto non le rassomiglia". In tal modo, poté esporre l'opera con il titolo «Ritratto di un celebre truffatore internazionale» senza che il committente potesse dolersene (6).

Ma fuor dei casi - che son, poi, i più - in cui l'ingegno umano

difetta, in quale senso giuridico il ritratto dovrebbe somigliare? Chi ritrasse somigliante Papa Innocenzo X: Velasquez o Bacon?(7).

Già il Croce notava come "questa questione della «somiglianza» è il gran problema che dibatte vivacemente la buona gente innanzi al ritratto di un personaggio conosciuto; ritratto che almeno nove su dieci dei riguardanti dichiarano, con una serie di forti ragioni e con una feroce analisi, «non somigliante»"(8). A questa affermazione, l'autore faceva seguire un aneddoto molto simile a quello del pittore di Budapest (ma più pruriginoso ed ambientato nella Napoli del Seicento), per poi soffermarsi sul punto che si è già, in parte, qui evidenziato: di fronte, infatti, all'opera dell'artista, si risponde comunemente, che stia un "individuo vivente, che ognuno può vedere alla tale ora passeggiare per via o alla tal'altra in un palchetto di teatro"(9). Ma un individuo, avvertiva Croce, non è "niente di fisso": è un infinito che muta di giorno in giorno, di ora in ora, a seconda delle sue emozioni e del suo umore. Al ritratto, per dirsi somigliante, sarà sufficiente cogliere uno di questi infiniti aspetti.

Certo le cose potrebbero complicarsi ulteriormente. Si è davvero certi, ad esempio, che la maschera sia sempre "imitazione" della persona reale, e mai viceversa(10)? (Talvolta, il personaggio sembra prevalere sul suo stesso autore: Charlie Chaplin non era forse uno dei tanti sosia di Charlot, se arrivò soltanto terzo ad un concorso di sosia di Charlot?). E lo stesso Adenoid Hinkel, il *Grande Dittatore*, è una imitazione?

André Bazin ha scritto, sul punto, che sarebbe stato Hitler a commettere per primo l'imprudenza di somigliare a Charlot rubandogli i baffetti, dando così inizio ad una "truffa dell'esistenza"(11). Gli unici baffetti "veri", realmente esistenti, erano, in realtà quelli di Hitler - Chaplin non portava i baffi -, eppure è lui il sosia, secondo Bazin (del resto, sei anni prima che Chaplin girasse il film, anche Walter Benjamin sembrava aver intuito l'affinità tra Hitler e il vagabondo)(12).

Ma, indipendentemente dal gioco letterario tra realtà e finzione, dobbiamo chiederci se la via per la soluzione dei conflitti che si celano nella "rete complicata"(13) delle somiglianze di cui si compone il diritto sul ritratto, sia davvero quella della riconduzione dell'immagine alla persona e ai suoi diritti, ai sensi dell'art. 2 Cost.

2. Il ritratto del sosia e la sua tutela giuridica.

Il sosia ha, dunque, un diritto alla *propria* immagine (ossia: sul *proprio* ritratto)? E, soprattutto, questo diritto sul suo ritratto deve essere tutelato giuridicamente anche nel caso in cui l'esposizione pregiudichi la reputazione (l'immagine sociale) della persona cui il sosia somiglia?

Un esempio ci aiuterà a far luce su questi interrogativi. Tizio, giovane e in cerca di un lavoro, per una delle tante casualità della natura è in tutto e per tutto somigliante a Caio, noto attore drammatico: è il suo sosia, ma non se ne cura più di tanto né, forse, ha mai prestato caso a questa somiglianza. È invece Mevio, fotografo di successo, che, notando un giorno Tizio passeggiare sotto il suo studio, lo ferma proponendogli un contratto per un servizio fotografico: realizzerà un suo ritratto in una posa provocante, per pubblicizzare un certo prodotto. Tizio accetta, ed il suo ritratto appare così in una serie di manifesti in giro per la città. Caio, però, si ritiene leso nella propria reputazione (immagine sociale) ed ottiene dall'autorità giudiziaria la rimozione dei manifesti, nonché la condanna di Mevio al risarcimento dei danni subiti (patrimoniali e morali). Niente di più che un caso già tipizzato nella nostra giurisprudenza, si direbbe. Ma si dimentica, a

mio avviso, un diritto e, precisamente, proprio il diritto all'immagine.

L'art. 10 c.c. stabilisce, infatti, che *“qualora l'immagine di una persona (...) sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita (...), l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni”*. Parimenti, l'art. 96 l. aut., precisando la disposizione citata, indica come *“Il ritratto di una persona non può essere esposto, riprodotto o messo in commercio senza il consenso di questa, salvo le disposizioni dell'articolo seguente”*. Nella misura in cui immagine e ritratto si identificano, deve, pertanto, ritenersi che in tanto avrò la possibilità di vietare l'esposizione o la messa in commercio della mia immagine, in quanto essa sia rappresentata nel ritratto della mia persona.

In altri termini, il ritratto di Tizio, sosia di Caio, resta pur sempre la riproduzione dell'immagine di Tizio, il quale somiglia (o, addirittura, è identico) a Caio, ma che Caio non è. Ha un altro nome, un'altra identità. E', pertanto, Tizio ad esser stato ritratto, e Caio nessun diritto potrebbe vantare su quel ritratto *altrui*, su quella immagine che appartiene ad un altro uomo.

L'unico diritto all'immagine che può giuridicamente configurarsi è un diritto (assoluto⁽¹⁴⁾) sul *mio* ritratto, e non sul ritratto *altrui*, e ciò anche laddove questo *“altro”* mi rassomigli o, addirittura, sia il mio *sosia*. Non è, pertanto, *mio* il ritratto di un attore che si sia truccato in modo tale da rassomigliarmi: è il ritratto di quell'attore travestito da me, ossia è il suo ritratto, in quanto è la sua immagine. Parimenti, nel caso di due gemelli monozigoti: il ritratto dell'uno non è mai il ritratto anche dell'altro.

Ebbene, dalla lettura degli artt. 10 c.c. e 96 l.aut., non si può che dedurre il diritto della persona ritratta ad essere tutelata non soltanto nel caso di esposizione della propria immagine senza il suo consenso, ma anche nel caso in cui, prestato il proprio consenso all'esposizione, questa non si realizzi o venga, in qualche modo, pregiudicata.

Nell'esempio, Tizio conclude un contratto con Mevio ai sensi del quale, dietro un compenso, egli autorizza Mevio a fotografarlo e ad esporre il ritratto realizzato secondo determinate modalità e per un certo tempo. Mevio adempie all'obbligazione contratta, ma, successivamente, la sua prestazione viene vietata da un provvedimento del giudice. Tizio non può, allora, pretendere di essere risarcito del danno, patrimoniale e non, cagionato alla propria immagine, nonché alla propria reputazione (egli, figurando nella pubblicità, ha finalmente conosciuto la notorietà)? La tutela del ritratto non consente di risarcire il danno cagionato dalla rimozione dell'esposizione del ritratto, in violazione del consenso prestato? Può domandare il risarcimento dei danni non patrimoniali⁽¹⁵⁾? E nei confronti di chi?

La giurisprudenza, al riguardo, non offre soluzioni, tenuto conto che, nelle fattispecie di ritratti di *“sosia”* giudicate, il diritto all'immagine è stato sistematicamente confuso (e, perciò, dimenticato) con quello all'immagine sociale (reputazione). La pretura romana, nel 1987, giudicando un caso in cui su alcuni settimanali femminili si reclamizzavano i prodotti di un mobilificio attraverso una fotografia ritraente una sosia dell'attrice Monica Vitti, riconobbe la lesione dell'immagine dell'attrice in quanto *“dai modi di diffusione dell'immagine, il pubblico destinatario del messaggio può essere indotto a considerare la stessa come riproduttiva delle sembianze della persona nota e non del sosia”*⁽¹⁶⁾.

Analogamente, il Tribunale di Roma⁽¹⁷⁾ giudicò lesivo del-

l'immagine di Lisa Russo (protagonista, in quegli anni, della trasmissione televisiva *“Domenica In”*), un servizio fotografico di Playmen dal titolo *«La monella della Domenica»*, in cui una giovane dal nome Nikki Smart, sosia della prima, era stata ripresa a giocare, nuda, insieme al celebre pupazzo disneyano di Topolino, in pose *“sguaiaatamente dileggianti”* la Russo. La formula del giudizio è, pressoché, la medesima utilizzata dalla Pretura citata: il diritto all'immagine è lesa allorché la sosia sia fotografata *“con modalità tali, dal punto di vista soggettivo e sotto il profilo oggettivo, da ingenerare in un lettore di media avvedutezza l'erroneo convincimento che la persona effigiata sia l'attrice in questione e non persona a questa somigliante”*.

A mio avviso tali pronunzie non consentono di affermare un'estensione del diritto all'immagine tale da rendere l'attrice o il personaggio rappresentato *titolare* del diritto sul ritratto del suo sosia.

Il solo fatto della notorietà, infatti, non può considerarsi una ragion sufficiente per attribuire un diritto a non vedere esposta l'immagine *altrui*. Il diritto, ai sensi degli artt. 10 c.c. e 96 ss. l. aut., a non vedere esposto il proprio ritratto - e, per converso, l'efficacia del consenso prestato a vederlo esposto -, proprio in quanto *“personalissimo ed inalienabile”*⁽¹⁸⁾, spetta certamente al sosia ritratto, e non alla persona che gli somiglia.

Ma a tale conclusione, a ben vedere, le sentenze citate non giungono affatto. L'utilizzo dell'immagine di un sosia, infatti, legittima l'azione risarcitoria da parte della persona imitata soltanto nel caso in cui, per le concrete modalità in cui il ritratto viene presentato, venga rovesciata la relazione tra apparenza e realtà, e lo spettatore scambi e confonda le *persone*, imitato e imitatore⁽¹⁹⁾.

Si tratta, pertanto, di una volontaria induzione in errore con riferimento alla *identità* della persona ritratta, la quale si collega alla tutela del nome e non a quella dell'immagine. È l'indebita associazione di quell'immagine al nome, attraverso un inganno della percezione collettiva, che integra la lesione della sfera giuridica del soggetto imitato: il *vulnus* si crea non nel ritratto, ma nella sostituzione della persona, ai sensi dell'art. 7 cod. civ. (usurpazione del nome) e 494 c.p.⁽²⁰⁾.

L'immagine, di per sé, appartiene soltanto al sosia, e soltanto quest'ultimo sarebbe legittimato a tutelarla, in caso di sua illegittima esposizione ai sensi dell'art. 10 cod. civ. (si noti come lo stesso richiamo alla tutela della reputazione, dell'onore e del decoro di cui all'art. 97 l. aut. si riferisca sempre alla *“persona ritratta”*, ossia, nei casi citati, al sosia). Sotto tale profilo, vale la pena di ricordare l'ordinanza della Pretura di Venezia, 1 Agosto 1984⁽²¹⁾, con la quale veniva rigettato il ricorso d'urgenza della Signora Fiorella Mancini, fotografata nel paesaggio innevato del carnevale veneziano con il volto mascherato. Secondo la massima riportata, la tutela del diritto all'immagine non potrebbe accordarsi laddove il soggetto che la invoca sia stato fotografato sotto un travestimento tale da renderlo irriconoscibile, non essendo in tal caso possibile valutare le condizioni o qualità proprie attinenti alla persona che si assume lesa dalla diffusione delle proprie sembianze.

Si è di fronte, anche in questo caso, ad una indebita confusione tra ritratto ed immagine sociale. Per quanto riguarda il ritratto, infatti, la fotografia che ritrae la ricorrente in maschera, celandone le sembianze, è comunque la riproduzione della sua immagine. In tal senso, la Signora Mancini rivestiva certamente la posizione di legittimata al ricorso ai sensi del combinato disposto degli artt. 81 c.p.c. e 10 c.c.: quello

era il suo ritratto, *tantum sufficit*. Se si legge il contenuto dell'ordinanza, detta conclusione viene, di fondo, confermata.

Il diritto sul proprio ritratto non era, in concreto, stato leso, considerato che la ricorrente aveva prestato il proprio consenso ad essere fotografata - scrive il pretore - "*negli ultimi sprazzi del morente Carnevale di Venezia*", avvenimento internazionale che giustifica l'applicazione dell'art. 97 l. aut. in quanto fatto di "*attualità e di pubblico interesse*". A nulla rileva, dunque, la circostanza del travestimento, e la conseguente irricognoscibilità della persona fotografata. La maschera, al contrario, consente di escludere un altro tipo di lesione, pure invocata dalla ricorrente, ossia quella all'immagine sociale (riservatezza): è sotto tale profilo che l'irricognoscibilità esclude, in concreto, ogni possibilità di danno. Portata a compimento, tuttavia, la tutela costituzionale dei diritti della personalità ai sensi dell'art. 2 Cost., la distinzione tra ritratto e immagine sociale risulta, oggi, ancora più difficile e intricata. Il diritto all'immagine (ma si dovrebbe dire, al ritratto) è stato, infatti, definito come uno dei "*singoli aspetti della rilevanza costituzionale che la persona, nella sua unitarietà, ha acquistato nel sistema della costituzione*".

Unitamente al nome, all'onore, alla reputazione e alla riservatezza, l'immagine viene, pertanto, ricompresa nell'ambito di quest'unica categoria giuridica di "*diritti omogenei, essendo unico il bene protetto*" (22). Non si può che evidenziare come detta interpretazione ricada nei trabocchetti tipici del formalismo giuridico, il quale pretende di fondare il diritto riferendosi alla "*persona in generale*", senza considerare che, nel mondo, non esiste la persona, ma singole e determinate persone (non c'è la *cavallinità*, ma solo singoli cavalli) (23). Immagine e nome proteggono, nel caso del sosia, un "unico bene", ossia la "*persona in generale*"? Niente affatto: proteggono, al contrario, due beni differenti, appartenenti a due diverse persone, titolari di posizioni giuridiche tra loro in potenziale conflitto.

L'art. 10 c.c. e l'art. 97 l. aut., infatti, tutelano il diritto di Tizio a non vedere esposto il suo ritratto senza il suo previo consenso (ma anche il diritto di Tizio a vedere operante, valido ed efficace il proprio consenso all'esposizione), nonché a non essere leso nei propri diritti alla riservatezza, all'onore e alla reputazione. Caio, da parte sua, potrà azionare i medesimi diritti, attraverso l'applicazione dell'art. 7 c.c. (e 494 c.p.).

Ma non si può, allora, sostenere che si tratti di un unico bene protetto. Tizio, il sosia, avrà tutto l'interesse a vedere esposto il proprio ritratto. Detto interesse, a mio avviso, trova protezione nell'art. 10 c.c., che alla persona ritratta, e soltanto ad essa, attribuisce il cosiddetto diritto all'immagine.

Ora, se dall'esercizio di tale diritto Caio subisce un pregiudizio alla propria reputazione, dall'impossibilità di esercitare quello stesso diritto Tizio viene certamente leso. La sentenza che vieta l'esposizione, del resto, non rende certo illecito - e, pertanto, privo di tutela - il consenso di Tizio all'esposizione del suo ritratto. Tizio, d'altra parte, potrebbe non sapere neppure di essere il sosia di Caio e, in ogni caso, la somiglianza non può nuocergli, in difetto della puntuale prova (che deve incombere su Caio) che egli abbia inteso approfittare indebitamente di quella somiglianza per trarre un illecito arricchimento.

Varrebbe la pena domandarsi, pertanto, su quali parametri dovrebbe risolversi il conflitto tra ritratto (immagine) e nome, nel caso del sosia, in quanto, secondo la giurisprudenza in materia, entrambi i diritti appaiono iscritti entro la medesima tutela costituzionale di cui all'art. 2 Cost. Il sosia può "rubare", magari senza volerlo, l'identità di colui

che imita, ma, in quel "furto", si crea un diritto, il diritto alla propria immagine e sul proprio ritratto.

Riprendiamo l'esempio di Tizio (il sosia), Caio (l'imitato, il noto attore) e Mevio (il fotografo-espositore). Non sembra corretto pensare una tutela inibitoria - oltre che risarcitoria - a favore del soggetto imitato, che sia disposta bilanciando unicamente il diritto di Caio alla propria reputazione con la libertà di manifestazione di Mevio.

Si dimentica, infatti, il diritto di Tizio alla propria immagine. In tal caso, la tutela del diritto alla reputazione cagiona un danno all'immagine. Ove pertanto, il giudice accerti il diritto di Caio al risarcimento dei danni (anche nella forma dell'inibitoria all'esposizione), si dovrà, con un'indagine in concreto, indagare parimenti il profilo di danno cagionato a Tizio e l'imputabilità dello stesso a Mevio, Caio o a entrambi.

Nei confronti di Mevio, a seconda delle circostanze in cui è stato concluso il contratto, potrebbe essere promossa un'azione di risarcimento ai sensi dell'art. 1337 c.c. (contratto valido ma svantaggioso), o fondata sull'art. 1464 c.c. (impossibilità parziale)? E verso Caio non potrebbe forse essere richiesto un risarcimento (o indennizzo) derivante da un comportamento legittimo, da atto lecito dannoso (24)? Non dovrà, in ogni caso, essere valutata in concreto la possibilità di applicare i meccanismi di cui all'art. 2041 c.c.? Sul piano processuale, inoltre, il "sosia" deve ritenersi litisconsorte necessario nell'eventuale giudizio tra "autore-fotografo" e "imitato"?

Il sosia, in ogni caso, non è un fantasma della persona a cui, non certo per sua colpa, somiglia: il ritratto raffigura lui, e quella è la sua immagine, e non di altri.

Note:

* La parte prima del presente articolo è a cura del Dott. Tommaso Gazzolo, la parte seconda dell'Avv. Alessandro Gazzolo.

(1) Pret. Roma, 6 Maggio 1974, in «Giur.it», 1975, I, 2, p. 513, con nota di A. D'Angelo, *Lesione dell'identità personale e tutela riparatoria*.

(2) G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, Cedam, 2005, p. 462. La bibliografia, sul punto, è amplissima. Mi limito, in questa sede, a rinviare alle monografie più recenti di A. Savini, *L'immagine e la fotografia nella disciplina giuridica*, Padova, Cedam, 1989; F. Cionti, *Alle origini del diritto all'immagine*, Milano, Giuffrè, 1998; M.A. Urcioli, *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2000.

(3) P. Vercellone, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, Utet, 1959, p. 11.

(4) P. Vercellone, cit., p. 7; V. De Sanctis, *Diritto al nome e allo pseudonimo, abuso dell'immagine altrui nel nuovo codice civile*, in «Il dir. di autore», 1938, pp. 471-475; L. Ferrara, *Il diritto sulla propria immagine nel nuovo codice civile e nella nuova legge sul diritto d'autore*, Roma, Edizioni Italiane, 1942; A. Arienzo, *Ritratto (diritti relativi al)*, in «Nov.mo Digesto it.», XVI, Torino, Utet, 1969, p. 202. Cfr. Trib. Roma, 23 Febbraio 1955, in «Foro.it.», I, p. 928: "(...) la norma della legge sul diritto di autore (art. 97), la quale è diretta a disciplinare i rapporti tra l'autore del «ritratto» e la persona ritrattata, quando parla di «ritratto» intende riferirsi al risultato dell'opera da ritrarre, e cioè all'oggetto in cui è stata espressa l'immagine della persona e non all'immagine stessa".

(5) A. Giannini, *Sulla tutela del ritratto*, in «Riv. dir. comm.», 1953, I, p. 365.

(6) M. Ricca-Barberis, *Valore della rassomiglianza nell'esecuzione di un ritratto*, in «Il Foro it.», 1959, IV, 257. Cfr. Id., *L'onere della prova in chi abbia ritratto*, in «Rass. dir. cinem.», 1959, I, p. 1-7.

(7) A proposito di *rassomiglianza*, proprio Francis Bacon racconta che, un giorno, si lamentò del fatto che alcuni dei suoi ritratti di Michel Leiris non erano affatto riconoscibili: “Non ha senso fare il ritratto di una persona se non si vuole farlo somigliante”, si disse. A guardarli meglio, però, notò che il ritratto in cui “la testa di Michel” era stata dipinta come “lunga e affilata”, anziché, come questi l’aveva, ossia “sferica”, somigliava molto di più al modello che gli altri quadri, letteralmente più fedeli alla fisionomia dell’ amico. “Dunque - concluse - non si sa cosa faccia sembrare una cosa più reale di un’altra” (D. Sylvester, *The Brutality of Fact: Francis Bacon*, London 1987; trad. it. *Interviste a Francis Bacon*, Milano, Skira, 2003, p. 125).

(8) B. Croce, *Il ritratto e la somiglianza*, in «La Critica. Rivista di Letteratura, Storia e Filosofia diretta da B. Croce», 6, 1908, p. 312. Cfr. A. Sandulli, *Arte delittuosa*, Napoli, Guida, 1934, p. 120.

(9) B. Croce, cit., p. 312.

(10) Cfr. Trib. Roma, 28 Novembre 2002, il quale ha stabilito che “Lo spot che imiti attraverso un sosia un personaggio di un’opera cinematografica interpretato da un artista non viola il diritto all’identità personale di quest’ultimo nemmeno quando lo spettatore identifichi il protagonista dello spot con il personaggio del film e quest’ultimo con l’artista che l’ha interpretato: perché la semplice interpretazione di uno spot pubblicitario non può essere considerata come attività idonea a denigrare la personalità dell’artista”. Ma sarebbe diverso il caso, a mio avviso, se si considerasse la vicenda sotto il profilo dell’immagine (ritratto) e non della personalità.

(11) A. Bazin, *Pasticcio e posticcio o il nulla per dei baffetti*, in Id., *Che cos’è il cinema?*, Garzanti, 1986, pp. 49-53.

(12) W. Benjamin, *Gesammelte Schriften*, VI, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1991, pp. 103-104.

(13) L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, Torino, Einaudi, 1974, p. 46.

(14) Cass. 2 Maggio 1991, n. 4785, in «Giur.it.», 1991, I, 1, 976; Cass., 29 Ottobre 1993, n. 1503, in «Giur.it.», 1993, I, 1, p. 1493.

(15) Cfr. Cass., 16 Maggio 2008, n. 12433: “L’ art. 10 c.c. è stato normalmente interpretato nel senso che la lesione del diritto all’immagine dà diritto anche al risarcimento dei danni non patrimoniali, soluzione confermata e rafforzata dal rilievo che, trattandosi di diritto costituzionalmente protetto”

(16) Pret. Roma, 6 luglio 1987, in «Dir. inf.», 1987, 1039, con nota di P. Testa, *Diritto all’immagine e utilizzazione pubblicitaria del sosia*. Cfr. G. Ponzanelli, *La povertà dei «sosia» e la ricchezza delle «celebrità»: il «right of publicity» nell’esperienza italiana*, in «Dir. inf.», 1988, p.126 ss.

(17) Trib. Roma, 28 gennaio 1992, in «Foro it.», 1992, I, 3127, con nota di Caringella, *Sosia ed identità personale*. Cfr. G. Assuma, *Profili originari ed evolutivi del concetto di immagine-ritratto ed uso pub-*

blicitario della fotografia di un sosia, in «Dir. aut.», 1987, p. 570 ss.; P. Crugnola, *Utilizzazione pubblicitaria dell’immagine di sosia di persona nota*, in «Dir. aut.», 1993, II, p. 426 ss.

(18) Trib. Torino, 26 Gennaio 2006, in «Riv. dir. ind.», 2006, II, p. 356. Cfr. anche Cass., 19 Novembre 2008, n. 27506; Cass., 1 Settembre 2008 n. 21995; Cass., 17 Febbraio 2004, n. 3014.

(19) Cfr. G. Guglielmetti, *Utilizzo di sosia nella pubblicità*, in «Dir. aut.», 1979, p. 563 ss.

(20) Cfr. Cass. pen., Sez. V, 8 Novembre 2007, che ha collegato la tutela di cui all’art. 494 c.p. al nome, e non all’immagine: “Oggetto della tutela penale, in relazione al delitto preveduto nell’art. 494 c.p., è l’interesse riguardante la pubblica fede, in quanto questa può essere sorpresa da inganni relativi alla vera essenza di una persona o alla sua identità o ai suoi attributi sociali. *E siccome si tratta di inganni che possono superare la ristretta cerchia d’un determinato destinatario, così il legislatore ha ravvisato in essi una costante insidia alla fede pubblica, e non soltanto alla fede privata e alla tutela civilistica del diritto al nome*” [corsivo dell’autore]. Cfr. anche Cass., 22 Giugno 1985, in «Foro it.», 1985, I, p. 2211, ai sensi della quale il diritto all’identità personale è tutelato dal nostro ordinamento in applicazione analogica della disciplina dettata dall’art. 7 c.c. con riguardo al diritto al nome (e non, pertanto, all’immagine).

(21) Pret. Venezia, ord. 1 Agosto 1984, in «Giur.it.», 1985, I, 2, p. 326.

(22) Cass., 10 Maggio 2001, n. 6507, in «Giust. Civ.», 2001, I, p. 2644. Cfr. anche, *ex multis*, Cass. 3 Aprile 2001, n. 4881; Cass., 4 Giugno 2007, n. 12929 e la recente Cass., 16 Maggio 2008, n. 12433. In dottrina, si vedano le riflessioni critiche di S. Morelli, *Tecniche di tutela dei diritti fondamentali della persona*, Padova, Cedam, 2003.

(23) Tale presupposto è comune e condiviso, a mio avviso, tanto dalle teorie cosiddette pluraliste che da quelle moniste. Sul punto, mi limito a richiamare la rassegna di G. Alpa - G. Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in Id., *Le persone e la famiglia*, I, Torino, Utet, 2006.

(24) Cfr., *ex multis*, M. A. Mazzola, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, Giuffrè, 2007; Perlingieri, *Responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in «Rass. dir. civ.», 2004, p. 1061 ss.; P. Morozzo Della Rocca, *Gli atti leciti dannosi*, in P. Cendon (a cura di) *Rassegna di dottrina e giurisprudenza sulla responsabilità civile*, VIII, Torino, Utet, 1998, p. 413 ss.; G. Alpa - M. Bessone, *I fatti illeciti*, in Tratt. dir. priv. diretto da P. Rescigno, Torino, Utet, 1991, p. 149 ss.; G. Tucci, *La risarcibilità per il danno da atto lecito*, in «Riv. dir. civ.», 1967, I, p. 240 ss.

Prima di Pietro Verri. Un "Gesuita Euclideo": la "Cautio Criminalis" di Friedrich von Spee*

Roberto Negro

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: - 1. *Friedrich von Spee: breve cenno biografico.* - 2. *La "Cautio Criminalis".* - 3. *I principi giuridici per una retta procedura criminale enunciati da Friedrich von Spee.* - 4. *La appendice sui processi dei cristiani.* - 5. *Un pre - illuminista ?* - 6. *Attualità di Friedrich von Spee: la sua eredità.*

1. Friedrich von Spee: breve cenno biografico.

La razionalità dell'argomentazione del giurista, spesso considerata come un inutile orpello formale o come un artificio retorico - discorsivo e, quindi, spesso negletta e bistrattata, magari da qualche tardivo "nichilista giuridico", se sentita invece come intima vocazione del giurista e quasi come un "necessario fondamento" al discorso giuridico, può dare risultati già a prima vista sorprendenti, che ci permettono, esaminando un'opera scritta anche diversi secoli fa, di poter fare delle considerazioni sempre attuali.

È il caso di Friedrich von Spee (1591 - 1635), che, nel pieno della guerra dei trent'anni, delle pestilenze che la accompagnarono, delle guerre di religione che insanguinarono nel XVII secolo l'Europa del nord, nel tenebroso sfolgore dei processi delle streghe, scrisse un libro, la "Cautio Criminalis seu de processibus contra sagas", in cui, contrapponendosi agli autori del terribile (e giustamente infamato) "Malleus Maleficarum", condannava, non solo come illegittimo, ma addirittura come inutile e dannoso l'uso della tortura nei confronti delle persone sospettate di stregoneria.

Il "paradosso apparente" in cui sembra dibattersi il von Spee è dovuto al fatto che pur mostrando di credere (o facendo finta di credere, per motivi dovuti alla contingente situazione, che poco tollerava opinioni eterodosse), all'esistenza delle streghe, si lascia prendere (lui che aveva conosciuto direttamente la materia, per essere stato confessore delle presunte streghe mandate a morte), al di là dei pregiudizi del tempo in cui vive, dalla "sorprendente convinzione" che il diritto e la procedura, in specie quella penale, devono subire il vaglio e la critica della ragione e non possono portare a conseguenze abnormi e contrastare al sentimento di ragione e di *pietas* che devono porsi a fondamento dell'operare del giurista.

Questo "gesuita euclideo" (1) scrive un'opera, la "Cautio Criminalis" appunto, divenuta all'epoca immediatamente famosa e in notevole anticipo sulle tesi di Pietro Verri sulla tortura e, con le sole armi della ragione, batte in breccia tutti i pregiudizi, sostanziali e processuali, accolti come dogmatiche verità e come *ius receptum* dai giuristi del suo tempo.

2. La "Cautio Criminalis".

Si tratta di un'opera a carattere processuale che circolerà prima manoscritta e che verrà stampata in forma anonima, indicandosene l'autore come un "Teologo Romano", solo nel 1631. Essa tratta in gran parte, in termini critici, della procedura a carattere inquisitorio al tempo seguita nei confronti delle persone sospettate di stregoneria. (2) L'autore è estremamente critico sui modi di procedere nei confronti delle presunte streghe e in particolare sull'uso della tortura e sui risultati fallaci ed evidentemente assurdi a cui tale metodo può portare. L'opera mantiene, peraltro, uno

schema di tipo "scolastico - medioevale" in quanto è strutturata sotto forma di domande (problemi da risolvere) - le cosiddette *quaestiones* - seguite dalle risposte - opinioni e soluzioni dei problemi - dell'autore. Sono 52 *quaestiones* che trattano, in sostanza, della illegittimità e inutilità della procedura criminale seguita nei confronti degli imputati di gravissimi reati (quali quelli di stregoneria, di maleficio e di eresia o di altri a questi assimilabili(3)). Conclude il libro una sorta di appendice sui processi ai primi cristiani, che parrebbe contrastare con la "vulgata" apologetico - mistificatoria su cui si basavano i racconti ecclesiastici al riguardo, del tipo dei cosiddetti "Atti dei Martiri" che ebbero, nei primi secoli del cristianesimo, ampia diffusione.

Si deve dire che von Spee (non dimentichiamo che si tratta di un gesuita, come tale tenuto all'obbedienza alla divisa dell'Ordine, che si esprime nel motto *perinde ac cadaver*) ha, in specie sulle norme eccezionali, vedute e conclusioni estremamente moderne, anticipatorie di quelle dei giuristi dell'età dell'illuminismo; ma questo è, forse, solo un "paradosso apparente" in quanto, nell'interesse dell'Ordine stesso, l'autore si propone di giungere a soluzioni giuridiche razionali, che non portino a conseguenze assurde o inutili e, quel che più importa, fuorvianti. La retta ragione, infatti, comporta per il giurista l'obbligo di conformarsi a principi di umanità, di rigorosa razionalità e di giustizia. In questo senso, e solo in questo senso, si può parlare di von Spee come di un "gesuita euclideo".

3. I principi giuridici per una retta procedura criminale enunciati da Friedrich von Spee.

Nella sua requisitoria contro lo stato dell'arte giudiziaria del suo tempo, von Spee enuclea alcuni principi o regole forse ancora ai nostri giorni meritevoli di qualche riflessione e cioè: l'inutilità della tortura, la sua inefficacia, la sua disumanità, le conseguenze nefaste delle rivelazioni sotto tortura, la illegittimità delle norme eccezionali, la irrazionalità delle procedure penali speciali.

L'analisi di von Spee presenta inoltre aspetti squisitamente tecnici, per quanto attiene la demonologia e le procedure giudiziarie relative, che a noi oggi possono apparire curiosi e del tutto inconsueti, ma che rivelano, invece, una profonda conoscenza del "metodo processual - giudiziario" usato nei confronti delle imputate di stregoneria. In particolare l'autore si sofferma sulla distinzione tra suicidio della presunta strega o strangolamento ad opera del diavolo, sulle tipologie di confessione del reato di stregoneria e sui mezzi per ottenerle, sulla rasatura della donna prima della tortura, su come poter evitare che persone innocenti possano correre il rischio di un processo (quale quello per stregoneria) che comportava l'uso della tortura, sul perché non sia la tortura stessa un mezzo plausibile ed attendibile per conoscere la verità, sull'uso della tortura per ottenere rivelazioni su altri presunti colpevoli, con la conseguenza di coinvolgere persone del tutto innocenti in tali processi (un po' come accade con un certo uso troppo disinvolto del pentitismo) e le connesse problematiche etico - giuridiche. Ma proprio da questa profonda conoscenza della materia e dal rischio ben compreso dall'autore che i processi per stregoneria servissero solo a distogliere principi e magistrati dai reali problemi che il suo tempo comportava, von Spee può portare avanti un duro e profondo atto d'accusa ad un processo inquisitorio incontrollato e circa l'uso di una tecnica (la tortura) che non porta alla verità e ferisce il sentimento profondo di religiosità di questo gesuita sotto certi aspetti in lotta contro il suo tempo, armato solo degli stru-

menti (per niente ideologici o teologico - religiosi), offertigli dalla razionalità intrinseca del diritto.

Sostanzialmente, i cardini del ragionamento di von Spee sono i seguenti: la tortura è inutile, perché non può servire a far conoscere la verità. Le persone molto robuste, infatti, potrebbero superarla e resistervi, mentre quelle deboli potrebbero dichiarare qualsiasi cosa pur di sfuggirne i tormenti; la tortura è illegittima anche perché vi è il rischio di sottoporre a tormenti persone innocenti; la tortura porta a risultati distorti perché, anche il suo semplice timore, fa sì che vengano indicati come colpevoli soggetti e persone su cui correvano voci di essere dediti a pratiche di stregoneria, senza alcuna concreta consistenza; è anche iniqua e contraria allo spirito cristiano⁽⁴⁾ perché è un arma per la delazione e si presta ad abusi da parte dei giudici; nessuna situazione eccezionale giustifica norme eccezionali e meno che mai una procedura eccezionale ed, infine, la tortura è contraria allo spirito di cristiana carità che deve ispirare l'opera dei principi e il retto giudizio dei magistrati. Tale è la razionalità delle conclusioni di von Spee, che sembrano anticipare quelle successive e più conosciute di Pietro Verri nella sua opera "Della tortura", o quelle, sulle insensatezze della demonologia, di Girolamo Tartarotti in "Del congresso notturno delle lammie". L'uso della "ragione giuridica" porta, infatti, von Spee a conclusioni ben diverse dai suoi contemporanei, quale, solo per citare un esempio, il frate Francesco Maria Guaccio nel coevo "Compendium Maleficarum".⁽⁵⁾ Tra le *quaestiones* trattate (ed esaminate e risolte) da von Spee si possono segnalare; la *questio* V sulla illegittimità di procedure arbitrarie anche in presenza di delitti eccezionali; la *quaestio* XX sul rischio di coinvolgimento di persone innocenti e, la più importante, la *quaestio* XXVII sul fatto che l'uso della tortura non porta assolutamente alla verità.

4. La appendice sui processi dei cristiani.

Possiamo presumere che, prudentemente, l'autore abbia trattato dell'argomento solo in una appendice, in quanto in contrasto con le vedute correnti nella sua epoca sul martirio dei cristiani, che veniva narrato in senso del tutto acritico e apologetico. L'autore, in sostanza, avrebbe scelto di tenere una sorta di *oratio obliqua*.⁽⁶⁾

Dice von Spee, basandosi sugli scritti degli storici romani, che anche i primi cristiani, terrorizzati dalla tortura e dalla sua prospettiva, ebbero spesso ad "abiurare" accusando se stessi e i loro fratelli di fede di abominevoli crimini, quali quelli descritti da Celso nel "Discorso vero" e di ciò si hanno tracce nella violentissima polemica di Tertulliano, contro i cd. *lapsi*.⁽⁷⁾ Sembra quasi che l'autore voglia dire: se anche i primi cristiani, più vicini di noi alla parola degli Apostoli, sotto il timore della tortura e dei supplizi capitali, hanno abiurato la vera fede, come non potrebbero (se messe sotto tortura), confessare cose del tutto fantasiose ed inesistenti o descrivere sabba e congressi con il diavolo, delle povere donne ignoranti e superstiziose, quali le presunte streghe? Si vuole qui solo far presente come la razionalità di von Spee lo porti ad un uso delle fonti al riguardo del martirio dei primi cristiani "spregiudicato" ma storicamente fondato, anche su basi testuali, in netto contrasto con le vedute apologetiche ed agiografiche, così comuni ai suoi tempi.

5. Un pre - illuminista?

Non ostante l'indubbio fascino che una risposta positiva comporterebbe, si deve dire che essa sarebbe dovuta ad una lettura troppo affrettata e "forzata" dell'opera di von Spee. Invero,

l'autore non intende certo sovvertire le basi religiose ed istituzionali del suo tempo. Da gesuita ortodosso quale è, quindi non certo critico sui fondamenti politico - teologici delle istituzioni della sua epoca, egli si limita a segnalare le distorsioni processuali e giudiziarie a cui porta inevitabilmente (e con le conseguenti atrocità ed iniquità) un sistema basato su superstiziose e fantasiose elucubrazioni e credenze, come tale già malato *in radice*, anche perché fondato su una legislazione di emergenza, contraria ad ogni principio di giuridica razionalità. Von Spee, tra l'altro, non si rivolge neppure, come faranno i successivi autori dei cd. "Manoscritti Clandestini",⁽⁸⁾ ad una opinione pubblica illuminata, ma tutt'al più si rivolge ai "Principi e ai Magistrati" perché facciano "cessare questi orribili processi". Caso mai, il von Spee si pone come "prudente consigliere del Principe"; solo sotto tale aspetto l'autore potrebbe essere considerato come un precursore delle tesi del dispotismo illuminato e, pertanto, forse (ci si perdoni il termine), come un proto - illuminista.

6. Attualità di Friedrich von Spee: la sua eredità.

Si può dire che, a prescindere dall'epoca in cui vive (siano anni di ferro o di piombo, poco importa), ogni giurista può trovarsi di fronte al dilemma, già di von Spee, sul come rispettare i dettami della propria coscienza e trovare una via di uscita conforme a ragione e giustizia, di fronte alle leggi del Potere, spesso dettate dalla superstizione, dal timore - terrore del diverso e dall'emergenza, senza venir meno ai propri principi religiosi o morali.

Anche oggi, di fronte al fenomeno del terrorismo, si levano voci che cercano di giustificare il ricorso a mezzi eccezionali, a procedure sempre più rapide, ad interrogatori sempre più efficaci e, perché no, tese a giustificare anche possibili atti di tortura, magari non *eclatanti ed appariscenti* come per il passato, ma pur sempre dotati di un notevole potere di presunta efficienza.

Si potrebbe, allora, rispondere che la tortura, nelle sue forme consuete, non abita più qui; ma non che sia scomparsa; piuttosto si sarà travestita di abiti più moderni, meno visibili e a prima vista più "soffici". Ma come non pensare al possibile uso di sostanze psicotrope, a regimi carcerari che prevedono addirittura la deportazione dei sospettati in altri paesi (e con la concreta impossibilità di usufruire di una valida difesa anche, e soprattutto, tecnica), agli estenuanti interrogatori con privazione del sonno, all'uso di ostaggi o all'imprigionamento di parenti, per indurre a confessioni, a condizioni di prigionia o di incarceramento inumane? Si obietterà: di fronte a condizioni eccezionali, ad esempio di fronte ad atti di terrorismo, sono leciti mezzi eccezionali. Ma è lo stesso discorso che nel film di Gillo Pontecorvo, "La battaglia di Algeri", il colonnello dei *paras*, inviato per riportare, ad ogni costo, l'ordine nella città, faceva ai giornalisti per giustificare l'uso della tortura (quella vera!). Si sa bene, trattandosi di avvenimenti da cui certo non ci separano secoli, come la cosa è andata a finire! Certo oggi (salvo forse in remote contrade, o in meno remote caserme), non vi sono più ruote o cavalletti, né tratti di corda, ma ciò non significa che non vengano praticati trattamenti, se non di tortura vera e propria, tuttavia ad essa molto simili o che non vi sia la tentazione di potersi servire, in situazioni di emergenza, delle odierne "meraviglie della tecnica" (anche di tipo inquisitorio) usando esseri umani per "esperimenti giudiziari". Tutto ciò dietro lo schermo delle norme dell'emergenza che, comunque, non dovrebbero mai contrastare con le norme di un diritto dal volto umano e, se possibile, con i principi di un diritto mite.⁽⁹⁾

Qui, ma al di là ed al di fuori da ogni polemica alcuna di tipo politico od ideologico, si vuole solo citare una opinione contemporanea. In un articolo di Italo M. Battafarano(10) che prendeva lo spunto dai fatti di Abu Ghraib e dalla firma da parte del Presidente George W. Bush di norme eccezionali per i sospettati di terrorismo, che potevano essere assoggettati ad interrogatori anche “duri”, ma non “inumani” (*sic*), si rilevava come la necessità di agire in tempi brevissimi, magari per ottenere informazioni o indicazioni, potesse ridurre i sospettati da soggetti di diritto (o di diritti?) a mera corporeità (pura massa biologica, come si esprime l'autore) nei cui confronti, allora, e come logica conseguenza, poteva essere lecito ogni strumento, ivi compresa la tortura(11) e si domandava se non fosse giusto chiedersi di fronte alle richieste sempre più pressanti di uso di mezzi eccezionali nei confronti del terrorismo (la Guerra al Male, un po' come quella alle streghe?), se non ne fosse possibile la sconfitta senza lasciarsi tentare e senza cedere all'illusione di quella falsa “Macchina della Verità”, chiamata tortura. L'autore citava, a sostegno delle proprie tesi, proprio il gesuita Friedrich von Spee, il cui insegnamento, purtroppo, anche oggi può essere ancora valido ed efficace. Ed allora, si dovrebbe e potrebbe dire che è la “geometria della ragione” che consente al giurista (al di là dei limiti contingenti della propria “equazione personale”), di opporsi alle (sempre possibili) richieste irrazionali del Potere.

Note:

* La revisione finale del testo è opera di Michele Marchesiello, al quale va il ringraziamento dell'autore.

(1) Il riferimento è alla nota canzone di F. Battiato. Si deve qui fare presente che F. von Spee è stato anche un apprezzato autore di poesie e liriche a carattere religioso, a quanto risulta, molto stimate dal filosofo Leibnitz e non solo un notevole giuscriminalista!

(2) La “Cautio Criminalis” è stata tradotta in lingua italiana con il titolo “I processi alle streghe” (a cura di A. Foa, trad. di M. Timi), Salerno Editrice, Roma, 2004; è a questa edizione che si fa riferimento nel presente scritto. L'opera si riferisce agli aspetti processuali ed alle “cautele” che dovrebbero essere usate (come la parola

“cautio” suggerisce) nell'ambito dei cosiddetti processi delle streghe che, sulla base della bolla papale “Super illius specula” (di Giovanni XXII), venivano istruiti dall'autorità ecclesiastica, mentre al braccio secolare era demandata l'esecuzione delle sentenze.

(3) Si tratta, in linea generale, di delitti di “lesa maestà”, in quanto tali comportamenti attentano e ledono “l'autorità e la maestà divina”.

(4) Per sottolineare come tutta la attività del von Spee fosse animata da un profondo spirito di cristiana carità, si ricorda che la sua morte (nel 1635) fu dovuta ad una infezione contratta mentre assisteva i soldati feriti in battaglia.

(5) F. M. Guaccio, “Compendium Maleficarum” (a cura di L. Tamburini, con un preambolo di C. Carena), G. Einaudi Editore, Torino, 1992. Si collega, invece, alle posizioni del von Spee l'opera di J. Wier (più noto come Wierus), uscita qualche tempo prima della “Cautio”, e cioè, “De Lamiis liber unus sive pseudo monarchia daemonum” (del 1577), in cui l'autore contesta l'esistenza delle streghe e ritiene i loro racconti come il frutto di una “sfrenata e superstiziosa fantasia”.

(6) Sull'apologetica cristiana dei primi secoli in relazione ai processi ai martiri e con riferimento ai cd. martiri di Lione, si veda la “Lettera dei Martiri di Lione”, riportata da Eusebio di Cesarea (“Storia Ecclesiastica”, V, 1 - 3), in Ireneo di Lione, “Contro le eresie”, Milano, 1979, pp. 545 e ss.

(7) Si veda anche lo scontro tra donatisti ed antidonatisti al riguardo. Alcune comunità cristiane, poi, ad esempio i cristiani gnostici seguaci di Basilide, ritenevano non avere importanza e rilevanza alcuna l'abiura pubblica della fede cristiana, purché essa fosse mantenuta in *foro interno*.

(8) Si pensi, ad esempio, a “I tre impostori” che circolò nei primi anni del secolo XVIII o ai lavori di Mably e Morelly.

(9) Von Spee, farebbe riferimento ai principi cristiani di equità e giustizia cui devono sottomettersi “Principi e Magistrati”; ma il concetto, almeno in senso lato, ed il risultato, sono, in definitiva, gli stessi.

(10) I. M. Battafarano, Da Bush a Spee ovvero della tortura nell'autunno del 2006, sul sito: eprints.biblio.unitn.it, 2006.

(11) Si osservi che quando si privilegia l'efficienza ed il risultato, come avviene nella società contemporanea, rispetto alla riflessione ed all'analisi, le derive, nel mondo del diritto sono inevitabili e con esiti e risultati talora infausti.

Recensioni e segnalazioni

Amartya Sen **L'idea di giustizia ("The Idea of Justice")**

ed. Mondadori, 2010

Michele Marchesiello

Magistrato

Se non ha torto chi afferma che la guerra è un affare troppo serio per essere lasciato ai generali, altrettanto può dirsi di chi si avventuri a sostenere, oggi, che la giustizia è una faccenda troppo complicata per affidarla solo - o anche prevalentemente - ai giuristi.

Sia benvenuto dunque l'importante libro con cui un economista e premio Nobel, Amartya Sen, propone al nuovo millennio una "Idea di giustizia" capace di raccogliere, contrapponendovisi, l'eredità di quella "Teoria della giustizia" di John Rawls che, a torto o a ragione, ha segnato di sé il sommamente ingiusto secolo XX.

Non ci si lasci sviare dal titolo, che sembra alludere a una prospettiva platonica, del tutto estranea all'opera. L'idea che Amartya Sen prova a descrivere non ha niente a che vedere con uno standard etico dalle pretese universali e immutabili nel tempo: tutto il contrario.

Paradossalmente, nell'occuparsi di giustizia, l'economista e premio Nobel Sen non si è accontentato di varcare i confini sempre più incerti di una disciplina a lui estranea, ma lo ha fatto spogliandosi a sua volta della propria autorevolezza di scienziato dell'economia, e della miopia intellettuale che, inevitabilmente, lo avrebbe accompagnato.

Non crediate, quindi, di trovarvi di fronte a una nuova edizione degli studi "Law and Economics", o delle varie mode dedicate all'analisi economica del diritto, che hanno segnato una stagione in cui, molto spesso, giuristi si improvvisavano economisti e viceversa, senza che le rispettive scienze segnavero significativi progressi.

Richiamando un grande autore citato spesso nel suo libro, la posizione assunta da Sen somiglia da vicino a quella dello "spettatore imparziale" di Adam Smith: imparziale, ma non indifferente al quadro mutevole, agli scenari contraddittori, al difficile rapporto intrattenuto con l'umanità che distinguono da sempre la giustizia, intesa non come teoria, né come "idea" platonica, ma come questione sempre aperta: autentica ferita della coscienza, che non si rimargina nonostante le cure dei medici e degli specialisti.

L'Amartya Sen scienziato prova, per primo, a vestire quell'abito di imparzialità che costituisce l'elemento centrale della sua "idea" di giustizia. Un'idea che non ci si può limitare a predicare, ma che richiede di essere prima di tutto praticata nella forma dell'imparzialità intellettuale.

Un libro sulla giustizia stranamente umano, dunque, deliberatamente alieno dalla tentazione di "filosofeggiare" sul tema, come accade non di rado quando uno specialista si

considera "in vacanza".

Il tono spesso intimo e quasi confidenziale non deve però indurre in errore sull'importanza e la difficoltà del tema trattato.

Valga un esempio. Sen riporta l'aneddoto, famoso, di quando Wittgenstein disse al grande economista italiano Piero Sraffa, nel corso di una delle loro interminabili conversazioni a Cambridge, che per capire il significato di un'affermazione bisogna osservarne l'immane forma logica. Al che Sraffa rispose fregandosi il mento col dorso delle dita, nel gesto napoletano (e italiano) che viene subito compreso come espressione di assoluta indifferenza, chiedendo al filosofo austriaco: "Qual è la forma logica di questo?".

Falso o autentico che sia (sul punto è sorta una piccola polemica sul "Times Literary Supplement") l'aneddoto, o l'apologo, illumina il successivo passaggio di Wittgenstein dal mondo del "Tractatus" a quello delle "Ricerche" (quello che Odifreddi indica come "l'altro" Wittgenstein). Ma il richiamo fatto da Amartya Sen non risponde al gusto, innocente del resto, di dissepellire un pettegolezzo. L'abisso che separa il mondo della logica da quello della vita reale è lo stesso che corre tra la giustizia "metafisica" o utopistica e quella che ogni giorno cerchiamo di realizzare o almeno avvicinare nel nostro quotidiano riportarci al mondo.

Pur proclamandosi affascinato discepolo di John Rawls (e ponendosi quindi sulle sue tracce), Sen contrappone decisamente alla "teoria" del suo maestro una "idea" di giustizia aperta al confronto, alla diversità delle esperienze, a ciò che è realmente possibile nel contesto variegato e mutevole delle relazioni umane.

La giustizia "alla Rawls" - espressione della tendenza utopica che ha caratterizzato l'approccio della filosofia politica e morale contemporanea, quella che Sen chiama dell'"istituzionalismo trascendentale" - viene contrapposta alla giustizia della "comparazione centrata sulle realizzazioni concrete".

La prima si concentra essenzialmente sulla messa a punto di istituzioni formalmente "giuste", sui meccanismi che, una volta a regime, sarebbero da soli in grado di assicurare una forma ideale di giustizia. Le sue radici affondano nella tradizione del contratto sociale: da Hobbes a Locke, da Rousseau a Kant.

La seconda "idea di giustizia", pur condividendo con la prima le origini illuministiche, si concentra sull'analisi delle realizzazioni concrete e sui comportamenti umani effettivi, nella prospettiva di una comparazione tra i vari sistemi sociali che supera i limiti angusti del "contratto".

Versioni diverse di questo orientamento si trovano in Adam Smith, Condorcet, Bentham, Mary Wollstonecraft, Marx, Mill e altri esponenti di una variegata corrente intellettuale che - tra il XVIII e il XIX secolo - ha impresso al comune fondamento illuministico una deriva fondata sull'impiego

della ragione per comprendere, piuttosto che “trascendere”, le concrete realizzazioni sociali, correggendone ove possibile, e nei limiti del possibile, le ingiustizie.

I limiti della visione “istituzionale” e “trascendentale” sono di una duplice natura: essi riguardano il carattere intrinsecamente occidentale ed europeo dell’idea di giustizia che persegue ma, soprattutto, la funzione “esclusiva” del contratto originale su cui Rawls fonda la propria teoria: la distinzione insuperabile che questa comporta tra chi partecipa al contratto e chi ne resta ineluttabilmente escluso. Lo stesso Rawls, del resto, sembra essersi reso conto di questo “inconveniente”, alla cui correzione ha dedicato il suo lavoro sul “Diritto dei popoli”.

Forte della sua cultura di provenienza, l’indiano Amartya Sen affronta questo disagio della “teoria” occidentale della giustizia, proponendo quale esempio davvero illuminante la distinzione tra due diverse nozioni di giustizia operata dall’antica giurisprudenza indiana: quelle di *niti* e *nyaya*.

Niti si riferisce sia all’adeguatezza di un’istituzione che alla correttezza formale di un comportamento. *Nyaya* riguarda invece il modo in cui le persone si comportano effettivamente.

Il ruolo tipicamente *nyaya* della comparazione - rispetto a quello, *niti*, del contrattualismo alla Rawls - deve essere visto e valutato non solo nei termini tradizionale e banali di una semplice presa d’atto delle differenze e del loro distanziarsi dalla giustizia “ideale”, presa come punto di riferimento. Un approccio genuinamente *nyaya* implica la scoperta dell’esistenza di diverse idee di giustizia e, ancor più, della paradossale relazione bi-univoca esistente tra giustizia e ingiustizia, tra razionalità e irrazionalità.

Sen osserva a questo proposito che anche i pregiudizi poggiano in genere su una qualche forma di ragionamento, per quanto fragile e arbitrario, e che “il più delle volte l’irrazionalità non consiste nella completa deroga del ragionamento, ma nell’uso di ragionamenti molto primitivi e difettosi. Questo apre la porta alla speranza, perché ai cattivi ragionamenti è possibile contrapporne di migliori.”

Forte di questa speranza, Sen non cerca di dare l’ennesima rappresentazione di una “società idealmente giusta”, ma di procedere per confronti basati sulle realizzazioni concrete che riguardano il progresso - o il regresso - della giustizia.

In questa ricerca, lo strumento principale della ragione è costituito dall’abito dell’imparzialità nell’operare scelte spesso - ma non sempre - “tragiche” nel senso del famoso lavoro di Calabresi e Bobbitt.

Sen porta l’esempio di tre bambini, Anne, Bob e Carla, che litigano per un flauto. A chi darlo? Anne è la sola a saperlo suonare. Bob è povero e non ha nemmeno un giocattolo. Carla, invece, lo ha costruito con ingegnosa pazienza. La decisione non è facile, se non per teorici di “scuole” diverse: utilitarismo, egualitarismo, liberalismo pratico. Eppure ogni soluzione presenta aspetti di evidente ingiustizia. La scelta - quella conforme a giustizia piuttosto che a suo un modello astratto - non nascerà da un confronto tra posizioni ideali

di tipo *niti* (l’egualitarista preferirà Bob, il bambino povero, mentre il liberalista consegnerà il flauto a Carla e l’utilitarista “edonista” sarà tentato di preferire Anne). La scelta sarà, piuttosto, la conseguenza di un confronto di tipo *nyaya* tra le tre diverse posizioni e nascerà dal reciproco comprendersi e adattarsi, posto che nessuna delle tre istanze è irragionevole o infondata. Così, seguendo la provocazione di Amartya Sen, Anne potrebbe insegnare il flauto a Bob il quale, a sua volta, potrebbe sfruttare commercialmente la nuova capacità, dividendone i guadagni con Carla, ideatrice e costruttrice del flauto.

Alla base di una “idea ragionevole di giustizia”, e delle soluzioni che questa comporta, deve porsi la capacità di governare le scelte difficili, quelle che in certa misura sono destinate a sacrificare almeno in parte i diritti di qualcuno, attraverso il confronto, la discussione, il ragionamento pubblico, e non attraverso la contrapposizione di modelli “totali” o meramente quantitativi di giustizia.

Siamo, come è evidente, nel campo della democrazia, il cui legame con la giustizia non è mai apparso così stringente e, allo stesso tempo, drammatico. In questo senso la comparazione con società diverse da quella occidentale offre esempi inaspettati e straordinari.

Basti pensare - come ci ricorda Amartya Sen - alla profonda influenza esercitata sul giovane Nelson Mandela dal carattere democratico delle assemblee locali che si tenevano nella casa del reggente, a Mqhekezweni:

“Chiunque lo desiderasse poteva parlare. Era la democrazia nella forma più pura. Poteva esserci una gerarchia di importanza tra gli oratori, ma tutti venivano ascoltati, sudditi e capi, guerrieri e uomini di medicina, commercianti e contadini, proprietari terrieri e braccianti”.

Se Mandela capi la democrazia - e la giustizia - non fu certo grazie alla pratica *niti* del regime di apartheid instaurato dagli europei.

Chi cerca la giustizia deve rassegnarsi ad abbandonare quello che Sen chiama “il senso illusorio della sicurezza” derivante dal confrontare le vite individuali sulla base di modelli astratti o di un calcolo meramente quantitativo del benessere. Le vite individuali vite sono, in effetti, incommensurabili: la sola giustizia possibile e praticabile è quella che passa attraverso la prova di questa incommensurabilità. E vi sopravvive.

La tesi di Sen - non dobbiamo nascondere - si presta a sua volta a numerose critiche: dal carattere relativamente indifferenziato della idea di giustizia che ci propone (quali confini porre tra equità e sentimento di obbligazione?), alla imprecisa collocazione della giustizia rispetto ad altri valori quali la compassione, la solidarietà, la lealtà verso un ideale, al rilievo eccessivo dato a una idea di libertà che forse risente ancora dell’eredità di Rawls.

Ma - si può concludere - proprio in questa incompletezza positiva, in questo rifiuto a porre confini e delimitazioni consiste il valore e insieme l’ammaestramento dell’importante libro di Amartya Sen.

Annuario del contratto 2009

diretto da *Andrea D'Angelo e Vincenzo Roppo*,
Torino, Giappichelli, pp. X-557.

Alessandro Barca

Avvocato, Foro di Genova

Nell'aprile 2010 è nata una nuova «rivista» di diritto civile; è nato l'«Annuario del contratto», pubblicato dall'editore Giappichelli di Torino. Si è detto: nuova rivista di diritto civile; ma in realtà l'Annuario è qualcosa di più, e di diverso. È «di più», proprio perché è un annuario: e l'annualità (il primo numero copre appunto il 2009) consente obiettivi differenti e anche maggiormente ambiziosi rispetto alle tradizionali riviste: quello sguardo panoramico e tendenzialmente completo sulla materia (il diritto dei contratti e delle obbligazioni) che altrimenti non sarebbe possibile.

È «diverso», perché certamente l'Annuario del contratto è opera originale rispetto alle altre iniziative editoriali esistenti, almeno nell'ambito della civilistica italiana.

Queste caratteristiche emergono non appena si guardi al contenuto del volume.

L'Annuario è diviso in quattro ampie sezioni: «Dottrina», «Giurisprudenza», «Biblioteca», «Osservatorio».

La prima sezione raccoglie contributi scientifici pensati per l'Annuario di ben noti studiosi del diritto delle obbligazioni e dei contratti. L'Annuario 2009 offre dunque al lettore quattro interventi, rispettivamente dedicati: al contratto nel diritto italiano ed europeo (Umberto Breccia); alla disciplina generale delle obbligazioni (Andrea D'Angelo); alle pratiche commerciali scorrette (Stefano Delle Monache); alla risoluzione del contratto (Pietro Sirena).

La seconda sezione dà ordine sistematico alle più significative sentenze in tema di contratto e obbligazioni della magistratura italiana ed europea (Corte di Giustizia dell'Unione europea): in essa lo studioso ed il professionista trovano un quadro ragionato dei flussi giurisprudenziali, perché ciascuna sentenza è presentata da una scheda di lettura (e non da una classica «nota di commento» - per questo, esistono le riviste tradizionali -), che è una sintesi della pronuncia e che contiene riferimenti ai precedenti giurisprudenziali (conformi e/o difformi), nonché ai più recenti contributi dottrinali sul punto.

In questa sezione trovano anche spazio alcuni lodi arbitrali (l'Annuario 2009 ne ha sei), tanto utili al pratico e allo studioso quanto spesso non facilmente accessibili, corredati di schede analoghe a quelle giurisprudenziali.

La terza sezione dà conto di tutte le monografie che, nell'anno di riferimento, si sono occupate di contratto e/o di obbligazioni: ciascun volume è corredato da una breve scheda di presentazione. Segue poi una sotto-sezione, nella quale sono segnalati le riedizioni di opere, nonché i libri di taglio pratico, utili soprattutto al professionista.

La quarta e ultima sezione è a sua volta ripartita in quattro sotto-sezioni: ci sono le «Fonti», in cui si trovano sintesi puntuali delle novità legislative italiane e comunitarie dell'anno in tema di contratto e obbligazioni; c'è la «Prassi», che illustra il contenuto di clausole contrattuali particolarmente diffuse, discutendone i problemi che esse pongono o potranno porre in sede di contenzioso; ci sono i «Convegni», cioè l'elencazione degli incontri di studio nella materia del contratto, a carattere nazionale o internazionale, che nel corso dell'anno si sono svolti in Italia; c'è l'«Esteros», che raccoglie alcune importanti novità legislative, giurisprudenziali, dottrinali di diversi paesi europei ed extraeuropei.

L'Annuario è chiuso da un ricco e minuzioso indice analitico, indispensabile per un utilizzo agevole e proficuo dell'opera.

Fin qui, la sintetica descrizione della struttura dell'Annuario.

In chiusura, qualche riferimento alle persone che stanno dietro, e dentro, quest'opera.

L'Annuario è il prodotto culturale di un gruppo di lavoro omogeneo - anche in ragione della «genovesità», quanto meno accademica, del gruppo, e in ragione del luogo di nascita dell'Annuario: la Sezione di diritto privato del Dipartimento «G.L.M. Casaregi» di via Balbi.

Questa omogeneità si riflette nell'organigramma dell'Annuario: è diretto da Andrea D'Angelo e Vincenzo Roppo; è coordinato da Alberto Maria Benedetti; ha una Redazione: Luca Guerrini ne è il responsabile generale; Giorgio Afferni è il responsabile dell'«Osservatorio»; Matteo Dellacasa è il responsabile della «Giurisprudenza»; Mauro Grondona è il responsabile della «Biblioteca»; ad essi si affiancano giovani studiosi: Gianmaria Baraggioli, Francesca Bartolini, Tommaso Capurro, Maurizio Flick, Marianna Garrone.

L'Annuario, appunto in quanto opera collettiva, è allora coerente con quell'«impegno ordinante» di cui parlano i Direttori nella Presentazione, diretto «a ricostruire appropriati modelli e paradigmi capaci di dominare e ridurre a razionalità il flusso disordinato del nuovo che avanza, cercandone la composizione con i modelli e i paradigmi tradizionali secondo più avanzati equilibri. A questa ineludibile missione del dotto, che oggi deve impegnare i civilisti e segnatamente gli studiosi del contratto, l'Annuario vuole dare un piccolo contributo».

restaurant
YUAN

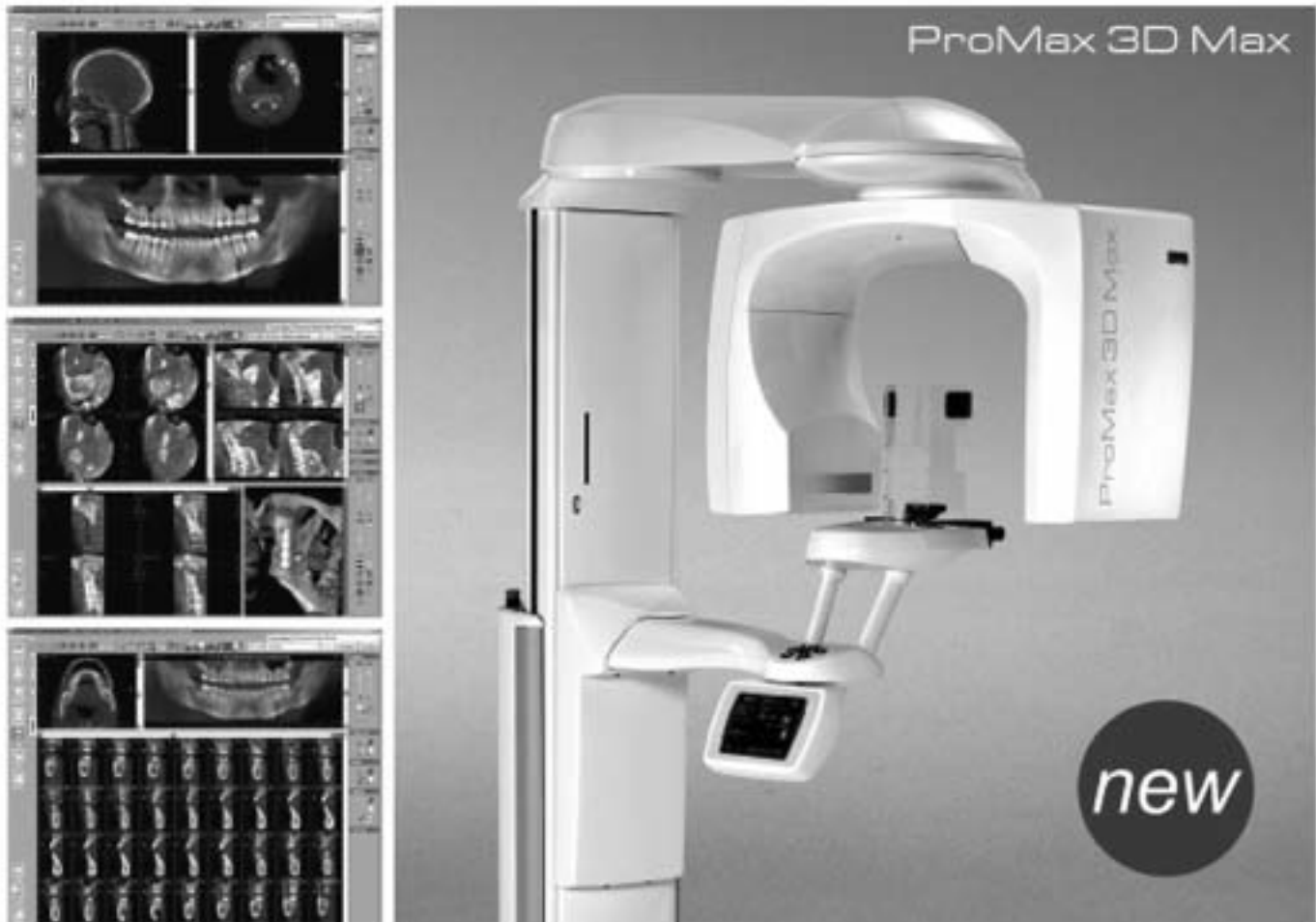
Via Ettore Vernazza, 8
16100 Genova
tel. 010 5702327
www.ristoranteyuan.com





PLANMECA

Dental Network è lieta di annunciare la prima installazione in Italia del nuovo ProMax 3D Max presso lo **Studio Gazzo** di Genova



Radiologia maxillo facciale:
Nitidezza sorprendente con dose limitatissima

Studio Gazzo sas
Piazza Borgo Pila, 3 (Corte Lambruschini)
16129 GENOVA
Tel. 010 588952
www.gazzo.com
info@gazzo.com

dn
DENTALNETWORK
Agenzia Planmeca per l'Italia

Sezione famiglia e minori

Sentenze e Ordinanze

I

Tribunale per i Minorenni di Genova, 8 gennaio 2010 - Pres. Sansa - Est. Besio.

MINORE - minore straniero - stato di abbandono sul territorio italiano - giurisdizione del Tribunale dei Minori a dichiarare lo stato di adottabilità - sussiste - richiesta di rimpatrio da parte dello Stato di origine - disponibilità dei parenti ad occuparsi del minore - irrilevanza ai fini della giurisdizione del Tribunale dei Minori.

In deroga alle comuni regole del diritto internazionale privato, sussiste la giurisdizione del giudice italiano e l'applicabilità della legge italiana, in materia di adozione, affidamento e provvedimenti in caso di urgenza, quando viene accertato lo stato di abbandono del minore straniero nel territorio dello Stato.

Non esclude la giurisdizione italiana e non fa venir meno l'applicazione della legge italiana, la richiesta di rimpatrio formulata dal Paese d'origine del minore straniero, successivamente all'intervento del TM italiano, che abbia dato inizio alla procedura per la dichiarazione di adottabilità del minore straniero in stato di abbandono.

La sussistenza dello stato di abbandono di un minore straniero in Italia giustifica la pronuncia dello stato di adottabilità da parte del TM, malgrado la richiesta di rimpatrio da parte del Paese d'origine e l'ordine di rimpatrio emesso dal Presidente dell'organismo centrale di raccordo del Ministero dell'Interno Italiano.

Nell'ambito della procedura di adottabilità la valutazione della situazione del minore deve prendere le mosse da un attento esame della personalità e condotta dei genitori; pertanto le telefonate che il genitore fa al responsabile della struttura nel periodo di ricovero del minore per avere notizie dello stesso, non sono idonee a scalfire, attesa anche la loro sempre minor frequenza, la inequivoca valenza abbandonica della condotta di allontanamento prolungato da parte di quest'ultimo.

La condotta abbandonica acclara una grave inadeguatezza dei genitori e una incapacità di assunzione di responsabilità genitoriale, necessaria per fondare la convinzione del TM della idoneità dei genitori di prendersi cura del figlio minore. (In tal senso il TM, il cui compito è quello di perseguire l'interesse superiore del minore, è chiamato a verificare le effettive intenzioni dei genitori biologici e, in mancanza, a compiere indagini circa le attitudini genitoriali di chi alleverebbe la prole in loro vece: a tal fine non è sufficiente l'offerta di disponibilità di un parente stretto (rectius nonna) di ospitare presso di sé nel Paese d'origine il minore, senza un approfondimento da parte dei servizi sociali locali, circa le risorse affettive ed educative del nucleo, ove il minore verrebbe collocato e le condizioni psicologiche dei suoi componenti).

II

Corte d'Appello di Genova, sez. minori civile, 27 maggio 2010, n. 40 - Pres. Realini - Rel. La Tella.

MINORE - minore straniero - stato di abbandono sul territorio italiano - giurisdizione del Tribunale dei Minori

a dichiarare lo stato di adottabilità - sussiste - richiesta di rimpatrio da parte dello Stato di origine - disponibilità dei parenti ad occuparsi del minore - irrilevanza ai fini della giurisdizione del Tribunale dei Minori.

Conferma in toto la decisione di primo grado.

I

(... Omissis...)

Svolgimento del procedimento

La procedura di adottabilità relativa alla minore **X** veniva aperta con decreto in data 24-12-2007 sulla base della situazione personale della madre, sedicente **T** nata in Romania l'11-8-91, nota a questo TM per i numerosissimi precedenti penali a suo carico e per essere stata ricoverata in ospedale nel maggio 2007, quando già era in stato di gravidanza, per percosse e gravi lesioni (frattura della mandibola) infertele dal fidanzato e padre del bambino, che l'aveva colpita con un pugno.

La giovane era poi scappata dall'Ospedale ove avrebbe dovuto essere sottoposta ad intervento chirurgico.

Nel corso della gestazione la **T** era stata arrestata due volte per furto, il 10-6-2007 e il 10-10-2007 (poi successivamente liberata per il suo stato di gravidanza); in occasione di un precedente arresto del 2005, cui aveva fatto seguito una collocazione in struttura, la giovane si era allontanata dalla comunità il giorno successivo facendo perdere le proprie tracce.

Dalla relazione del CPA in occasione dell'arresto del giugno 2007 emergeva che la giovane aveva confermato le percosse subite dal fidanzato, di cui aveva peraltro giustificato l'atteggiamento, in quanto violenze conseguenti ad un suo comportamento inadeguato, per avergli risposto male e non aver collaborato alle faccende domestiche. La fuga dall'ospedale e il ritorno presso di lui erano espressione della sua volontà di tornare con il **V** e di allevare insieme con lui la creatura che portava in grembo. Relativamente allo stile di vita condotto, la **T** esplicitava, con una certa soddisfazione, agli operatori del CPA, di "essere venuta in Italia per rubare perché rubare le garantiva di vivere bene".

Sulla base delle circostanze sopra esposte e della necessità di accertare la eventuale sussistenza di una condizione di abbandono, il TM, avuta notizia della nascita della bambina, apriva procedura di adottabilità, affidando la piccola al Comune di Genova.

La bambina veniva riconosciuta anche dal padre, **V**, anch'egli di nazionalità rumena ed anch'egli pregiudicato per reati contro il patrimonio e sottoposto ad obbligo di firma. In sede di audizione ex art. 12 L.184/83 la madre della minore dichiarava di chiamarsi in realtà **G** nata a Bucarest il 30-10-91; sia lei, sia il **V**, affermavano di volersi occupare della figlia e di voler condurre in futuro vita regolare, ammettendo una vita pregressa dedicata all'attività illecita. La giovane asseriva che non era stato il **V** ad usarle violenza durante la gravidanza, negando di aver mai dichiarato ciò (dagli atti risulta che invece tali asserzioni furono rese sia ai sani-

tari, sia agli operatori del CPA). Entrambi i genitori si opponevano alla adozione della bambina e la **G** dichiarava la propria disponibilità a fare ingresso in una struttura insieme con la piccola.

Mentre la neonata era ancora ricoverata in Ospedale, ove veniva visitata dalla madre, si apprendeva che la **G** aveva manifestato l'intenzione di allontanarsi con la figlia il giorno seguente, di tal che il TM disponeva l'immediato inserimento della piccola in struttura per minori, atteso il concreto rischio di agiti della donna, in passato già fuggita dall'ospedale e dalla comunità per minori ove era stata inserita. Questi eventi pregressi erano tali anche da far ritenere non praticabile, per esigenze di tutela della piccola, un suo immediato inserimento con la mamma in comunità della rete madre - bambino, apparendo necessario un approfondimento ed una verifica sulle effettive intenzioni della coppia e della donna in particolare. Con decreto in data 10-1-2008 il TM sottolineava per contro la necessità di un percorso comunitario autonomo per la giovane madre, fragile, immatura, analfabeta, abituata ad uno stile di vita privo di regole ed improntato solo alla illegalità, per accertare le concrete risorse genitoriali della donna e la sua disponibilità a mutare stile di vita nell'interesse della prole.

Con relazione del 4-3-2008 gli operatori comunicavano che la bambina veniva visitata con regolarità in struttura dalla madre, accompagnata in due occasioni dal padre, sottolineando che il 29 febbraio 2008 si era presentata al servizio la nonna paterna **Y** consegnando una documentazione relativa ad una inchiesta sociale dei servizi di Bacau (Romania) circa il nucleo di origine, manifestando il suo desiderio di portare a casa la piccola, spiegando che la legge rumena non dividerebbe mai una madre dal proprio figlio (e quindi la **G** dalla piccola **X**).

In data 25-3-2008 gli operatori comunicavano che la madre della minore, accompagnata a visitare una struttura ove avrebbe potuto essere inserita per effettuare l'autonomo percorso, aveva rifiutato l'ingresso perché non si sentiva di lasciare il compagno, pur dichiarandosi disponibile ad effettuare, continuando la convivenza con il **V**, un percorso e orientamento di formazione professionale. In contrasto con le dichiarate intenzioni, in data 15-4-2008 la **G** è stata arrestata per furto di un cellulare compiuto in Genova mentre si trovava a Genova, in Piazza Verdi, in compagnia della signora **Y**, nonna paterna della minore.

Quest'ultima, in data 2-4-2008 si era costituita nella presente procedura chiedendo l'affidamento della nipote ed il collocamento della piccola presso di sé fino al raggiungimento della capacità genitoriale da parte della **G** e del **V**.

In data 8-4-2008 il consolato rumeno inviava relazione sociale circa i nonni materni **G**, chiedendo il rimpatrio assistito della bambina per collocarla presso di loro. Dalla inchiesta sociale su tale famiglia emerge che il nucleo, di etnia Rom, molto numeroso (6 o 7 figli) vive con aiuti economici forniti dalla assistenza sociale e che entrambi i genitori non hanno avuto alcuna formazione scolastica. È noto altresì, perché è stato dichiarato dalla **G**, che il nucleo in passato si era trasferito in Francia, e che da lì la predetta aveva lasciato la famiglia, all'età di 14 anni, per venire in Italia a "rubare".

Al di là delle intenzioni che la **G** aveva manifestato circa il percorso da seguire, si apprendeva che dal 10 maggio 2008 la stessa, una volta ottenuta la revoca dell'obbligo di firma, si era recata in Francia, mentre il **V**, scaduto analogo obbligo, era rientrato in Romania, per assistere una sorella vittima di un incidente.

La nonna paterna, ascoltata ex art. 12 L.184/83, ribadiva la propria intenzione di prendersi cura della piccola (" se il TM mi desse la bambina io la terrei a casa mia come una figlia, con entrambi i suoi genitori"), fornendo al giudice indicazioni sulla propria condizione personale, familiare, lavorativa ed alloggiativa.

La **G** dalla Francia, ove dichiarava di aver trovato un lavoro, manteneva contatti telefonici frequenti con la struttura, per avere notizie della figlia, ribadendo, anche agli operatori dei SS di desiderare il rientro della bambina in Romania presso la nonna paterna.

Nel novembre 2008 la signora **Y** ritornava in Italia per incontrare la nipote, avendo ottenuto al riguardo l'autorizzazione dal TM; la signora si tratteneva circa una settimana, trascorrendo le giornate in struttura con la nipotina, che non manifestava problemi nella relazione con lei. Si apprendeva altresì che a dicembre 2008 entrambi i genitori di **X** erano in Romania presso la signora **Y**.

In data 11-10-2008 la Sezione Consolare della Ambasciata di Romania in Italia sollecitando il rimpatrio della piccola **X**, trasmetteva al TM copia della sentenza emessa in data 25-9-2008, con cui il Tribunale di Bacau, nella causa promossa da **Y** "contro" (!) **V**, affidava, con il consenso del convenuto, la minore alla nonna paterna.

Il TM disponeva la convocazione per l'udienza collegiale del 12-3-2009 dei genitori, della nonna paterna e degli operatori tutti che a vario titolo si erano occupati della minore. A tale udienza i genitori non comparivano: il padre per motivi di salute (il certificato prodotto, peraltro, era risalente al 18-2-2009), la madre perché non in possesso di documenti che le consentissero l'espatrio. Era invece presente la nonna paterna la quale riferiva che il **V** e la **G**, dopo un periodo trascorso in Francia, ove avevano lavorato, erano tornati in Romania. Asseriva che il figlio la aiutava nella sua attività di commercio di frutta e verdura, ovvero di abbigliamento nel periodo estivo, e che di lì a breve (il 26-marzo-2009), una volta ottenuti i documenti, anche la **G** avrebbe collaborato in tali lavori. Affermava di aver messo a disposizione una abitazione di sua proprietà, in Via **A...** 11 - Bacau ai genitori della bambina, i quali, peraltro, durante il giorno stavano con lei e le sue tre figlie, frequentanti la scuola, in un'altra casa (Calea M- 15- Bacau)

Affermava di ritenersi in grado di crescere adeguatamente la bambina, la quale avrebbe potuto essere accudita anche dai genitori, i quali, a suo dire, non avrebbero potuto essere privati del diritto di occuparsi di **X** o di uscire con lei.

Invitata a fornire precisazioni circa la propria attività, la signora **Y** asseriva di guadagnare circa 2000,00 euro mensili, di non lavorare personalmente, ma di avere dei dipendenti ; affermava di essere in grado di documentare quanto sopra ed il TM chiedeva la produzione dell'ultima dichiarazione dei redditi e della documentazione della "Camera di Commercio" locale (o ente assimilabile) circa la attività lavorativa della **Y**, circa la sua consistenza, circa la presenza di dipendenti nella ditta di cui è titolare.

Nella medesima udienza la Responsabile della struttura ove **X** è collocata, riferiva che la **G**, fino a quando era rimasta in Italia, aveva fatto visita alla figlia con regolarità due volte alla settimana, mentre il **V** era andato solo in due occasioni. La mamma, dopo la partenza per la Francia non era più andata a trovare la figlia, telefonando alla struttura, con frequenza quasi giornaliera, per avere notizie.

Quanto alla nonna paterna la Responsabile della struttura riferiva che la signora **Y** dopo aver ottenuto l'autorizzazione

del giudice a far visita alla nipote, era venuta il 12-11-2008, trattenendosi per 9 giorni, era poi tornata il 20-12-2009 trattenendosi 3 giorni e quindi si era presentata il giorno precedente, in occasione dell'udienza. La nonna veniva descritta come attenta ed affettuosa verso la nipotina.

Circa le telefonate, la Responsabile della struttura dichiarava che i familiari chiamavano tutti insieme dalla casa della nonna, affermando di abitare tutti insieme.

In data 20-3-2009 questo TM richiedeva all'Ispettorato Generale di Polizia Rumena, tramite il Consolato di Romania in Milano, informazioni sul nucleo. Da tali informazioni, datate 4-5-2009, emergeva che in Via Calea M... 15 non veniva rintracciata nessuna persona e che la **Y**, interpellata al riguardo, aveva dichiarato che tale alloggio era abitato dal figlio e dalla **G**, in quel momento in Francia. Dagli accertamenti emergeva che la **Y** abitava "senza forme legali" in Via A... 10, con due figlie di 14 e 15 anni, e risultava socia della società **FV** (rappresentante legale tale **Fe V**) avente come oggetto attività di frutta e verdura.

La **Y** era stata sposata con tale **CF** con precedenti per omicidio, rapine e furto.

Con provvedimento del 31-7-2009 del Ministero dell'Interno Italiano (a firma del Presidente dell'Organismo centrale di raccordo -) veniva disposto il rimpatrio assistito presso la nonna paterna **Y**, Via **A** 11- Bacau, con presa in carico della minore da parte di un rappresentante dell'Ambasciata rumena, alla presenza di un rappresentante della Prefettura, e con successiva previsione di un monitoraggio di 6 mesi da parte delle autorità rumene.

Ad ottobre 2009 gli atti della procedura venivano trasmessi al PM, che, in data 3-12-2009, chiedeva dichiararsi lo stato di adottabilità della piccola **X**. Gli atti venivano dunque depositati al Curatore della minore che concludeva in conformità del PM e al Difensore, il quale chiedeva la revoca dell'affido della bambina al Comune di Genova e l'affido alla nonna paterna nell'ambito del progetto di rimpatrio assistito in data 31-7-2009.

Motivi della decisione

La valutazione della situazione della minore, nell'ambito della presente procedura di adottabilità, deve necessariamente prendere le mosse da un attento esame della personalità e condotta dei genitori.

La madre: La giovane, appartenente ad un nucleo nomade, spostatosi dalla Romania alla Francia quando aveva 10 anni, all'età di 14 anni ha lasciato la famiglia per venire in Italia, come dalla stessa dichiarato, per rubare, attività che senza sosta, (come si evince dall'elenco dei suoi precedenti dattiloscopici) ha svolto prima a Torino e poi a Genova, sotto il falso nome di **T**. Nel 2005, dopo un arresto è stata collocata in Comunità, fuggendo il giorno successivo; anche nel corso della gravidanza ha continuato a commettere furti, esplicitando con una certa soddisfazione agli operatori del CPA in occasione dell'arresto del 10-6-2007 che portare avanti l'attività intrapresa corrisponde ad una volontà, priva di costrizione, in quanto "rubare mi garantisce di vivere bene".

Ulteriore elemento preoccupante appare la fuga della **G** dall'Ospedale ove era stata ricoverata per le lesioni mandibolari infertele dal fidanzato e padre di Denise e il maldestro successivo tentativo, nella presente procedura, di addebitare ad altri la colpa di quelle violenze che, in precedenza e con più interlocutori, aveva attribuito al **V**, al punto da volerlo per-

sino giustificare asserendo di essersi meritata i colpi ricevuti. Neppure dopo la nascita di **X** si sono riscontrati nella **G** minimi segni di maturazione ovvero di presa di coscienza di responsabilità genitoriali. Il proposito della donna di fuggire dall'Ospedale ha reso necessario un intervento di urgenza degli operatori per mettere al sicuro la bambina; la indicazione del TM di effettuare un percorso autonomo in struttura è stata rifiutata dalla **G** che poi ha disatteso anche l'ulteriore proposta per un progetto di orientamento e formazione professionale, a parole accettato.

Rispetto alla bambina è pur vero che la giovane, come riferito dalla Responsabile della struttura, ha mostrato slancio affettivo ed elementari capacità accuditive, osservate nei circa 4 mesi in cui con regolarità si è recata a visitarla. La valenza positiva di una tale condotta è stata peraltro vanificata dalla non preannunciata e non motivata decisione della **G** di lasciare l'Italia, non appena scaduti gli obblighi di firma, per recarsi prima in Francia e poi in Romania. Era il maggio 2008 e da allora la giovane madre non è mai più venuta in Italia per abbracciare la figlia, palesando in sostanza una condotta abbandonica e mostrando di fatto di non essere disposta ad affrontare le proprie responsabilità e le conseguenze delle proprie azioni per poter ricongiungersi a lei. La mancata presenza della **G** all'udienza del 12-3-2009 per cui era stata convocata è stata giustificata con l'assenza di documenti che le consentissero l'espatrio; a tale riguardo va sottolineato che circa un mese dopo l'ispettorato di polizia Rumeno incaricato dal TM di indagini, ha comunicato che la donna con il **V** si era recata in Francia, il che evidentemente fa desumere che i documenti erano stati ottenuti. Malgrado ciò neppure successivamente la **G** è tornata nel nostro paese per visitare **X**. Le telefonate che la **G** nel corso di circa 20 mesi ha fatto alla struttura per avere notizie della figlia, dapprima molto frequenti, poi più sporadiche (da quando è entrata sulla scena processuale la figura della nonna paterna) non sono idonee a scalfire la inequivoca valenza abbandonica della condotta di allontanamento prolungato, protrattosi, come sopra detto, dal maggio 2008 fino ad oggi (gennaio 2010).

Le considerazioni sopra esposte acclarano una grave inadeguatezza della madre, la quale ha nei fatti dimostrato di non capire e perciò volere o di non essere in grado di effettuare un percorso di assunzione di responsabilità genitoriali per potersi prendere cura della figlia. È evidente al TM che la strategia della **G**, come quella del **V**, è stata ed è quella di cercare di ottenere che la bambina venga rimpatriata ed affidata alla nonna paterna per poi poterla gestire a proprio piacimento e secondo il proprio stile di vita, al di fuori dei controlli doverosi che questo TM, il cui compito è quello di tutelare i minori, è chiamato a compiere circa le attitudini genitoriali di chi alleva la prole.

Il padre: Brevi considerazioni sono sufficienti per motivare la convinzione del TM circa la inadeguatezza genitoriale del signor **V**.

Malgrado, come dallo stesso (cfr verbale 8-1-2008) e dalla madre **Y**, dichiarato, egli avesse in Romania una attività che gli consentiva di guadagnare bene (quella del mercato di frutta e verdura della madre) egli è venuto in Italia, a suo dire nell'autunno del 2006 e a suo dire per lavorare, dedicandosi invece prevalentemente ad attività illecite, compiendo furti. Ciò è stato in parte ammesso dal **V** ed è stato confermato dalla **G** che nel proprio verbale in data 8-1-2008, dopo aver affermato di aver conosciuto il **V** nell'estate

del 2006 circa ha affermato: “ anche Dennis (cioè il **V**) rubava, Dennis sapeva che io andavo a rubare, anche lui andava a rubare ma non con me “.

Al riguardo dall'elenco dei precedenti fotodattiloscopici si evince che il **V** è stato segnalato per la prima volta nel luglio 2003 a Torino e che da allora egli, sotto diversi nominativi, è stato denunciato più volte a Torino, Padova e Genova per vari reati (rapina, furti, porto d'armi ed altro)

Ulteriore dato preoccupante è la violenza esercitata sulla compagna quando già era in stato di gravidanza. Si sono già esplicitate sopra le ragioni per le quali il Collegio, al di là della ritrattazione tardiva della donna, ritiene che sia stato proprio il **V** a colpirla con un pugno, rompendole la mascella. È molto probabile che lo stesso **V** non sia affatto estraneo rispetto alla decisione della **G** di scappare dall'Ospedale ancor prima di essere operata.

Dopo la nascita della bambina il **V** non ha mostrato, al di là delle parole e della formale opposizione alla adozione, alcun interesse concreto verso di lei. In due sole occasioni si è recato a visitarla in struttura, senza fornire adeguate giustificazioni di tale sua “latitanza “. Non appena scaduti gli obblighi di firma egli ha fatto ritorno in Romania (circa aprile -maggio 2008) e da allora non ha più visto la figlia e mai neppure ha più chiesto sue notizie personalmente telefonando alla struttura.

La sua partenza per la Romania nella primavera del 2008 può essere stata effettivamente giustificata dalla necessità di assistere una sorella che aveva avuto un grave incidente stradale ; è peraltro noto al TM che egli, esaurite tali incombenze di assistenza ha compiuto un andirivieni dalla Francia alla Romania, e mai ha avuto lo slancio di venire in Italia a vedere la figlia.

Anche con riferimento al **V** appaiono valide le considerazioni svolte sopra circa la “strategia” di delegare ogni ruolo processuale, sia in Italia, sia in Romania (come si evince dalla sentenza del Tribunale di Bacau del settembre 2008) alla propria madre.

Analizzati nei termini che precedono le gravi carenze e l'atteggiamento totalmente abbandonico dei due genitori è necessario procedere ad una attenta valutazione della figura della **nonna paterna, Y**.

La signora ha certamente mostrato un interesse per la nipote fin dal febbraio 2008, periodo in cui si è recata presso i Servizi Sociali per palesare la propria disponibilità a prendersi cura di **X**. La sua costituzione nella procedura, la sua presentazione al giudice e alla udienza collegiale del marzo 2009 e, parallelamente in Romania, il suo attivarsi sia davanti al Tribunale di Bacau per ottenere l'affidamento della bimba, sia presso le autorità consolari per ottenere il rimpatrio, sono indubbiamente condotte che denotano una precisa volontà di accogliere la piccina nel proprio nucleo.

In più occasioni la signora **Y** ha pronunciato espressioni che forniscono chiaramente una chiave di lettura dei suoi effettivi intendimenti: “se il TM mi desse la bambina io la terrei a casa mia come una figlia, con entrambi i suoi genitori “ ; ha affermato inoltre di ritenersi in grado di crescere adeguatamente la bambina la quale potrebbe essere accudita anche dai genitori che, secondo il suo pensiero, non dovrebbero essere privati del diritto di occuparsi di **X** o di uscire con lei.

Il quadro che da queste frasi traspare è da un lato la concessione di un accudimento collettivo/ comunitario che non riconosce alcuna peculiarità al legame privilegiato

madre-bambino, che può appartenere alla cultura del soggetto, dall'altro è espressione di una mancanza di consapevolezza della gravità della condotta irresponsabile dei due genitori, come se le loro scelte di vita, prima nell'illecito, poi nell'andirivieni tra la Francia e la Romania, abbandonando la figlia, fossero del tutto normali, assolutamente tollerabili e tali da non farla neppure minimamente dubitare delle loro capacità genitoriali.

Il Tribunale ha cercato di approfondire la condizione di vita della signora, ma gli elementi di fatto che si sono acquisiti sia attraverso le sue parole, sia attraverso le inchieste sociali rumene appaiono scarni, contraddittori e indicativi di uno stile o di condizioni di vita tutt'altro che tranquillizzanti rispetto al futuro della piccola **X**.

Non può qui non sottolinearsi la presenza della signora **Y**, insieme con la **G**, quando costei, in data 15-4-2008 è stata arrestata per furto. Anche se nell'occasione la **Y** non è stata denunciata, dalla notizia di reato emerge che le due donne tallonavano la vittima e che subito dopo il furto compiuto dalla giovane, si sono allontanate insieme.

Dall'inchiesta sociale pervenuta dal Consolato Generale di Romania risulta che la nonna vive con tre figlie e il primogenito in Via A.... 11 Bacau, “senza forme legali”, pur avendo come stabile domicilio l'abitazione di Calea M.... 15 Bacau. Le tre figlie non sono registrate nel registro dello stato civile ma è pendente procedura per registrazione tardiva presso il Tribunale di Bacau. Le figlie vengono definite “senza studi”. non risulta che svolgano alcuna attività lavorativa. Una figlia di 20 anni, Elena Loredana, non convive con i familiari e non se ne danno informazioni.

La sig. **Y**, che al TM ha dichiarato di essere separata da circa 6 o 7 anni, risulta sposata con **C F**, residente in Bacau - Calea M..., 15 (vd.pag.3 del Program de revenire si monitorizare del 29.05 2009 del Consiliul Judetean Bacau).

La signora **Y** invece dichiarato in data 10.6.2008 che la casa di via A... 11 è stata da lei acquistata per il figlio ma durante il giorno viene abitata anche da lei e dalle figlie che si trasferiscono, per la notte, in via Calea M.... Tali affermazioni tuttavia, sono in contraddizione con quanto asserito dalla stessa signora all'Ispettorato Generale di Polizia Rumena: il figlio vivrebbe in Calea M..., mentre lei e due figlie vivrebbero stabilmente in via A.... La casa di Calea M.... peraltro, dalla relazione sociale del Consolato Generale di Romania Milano, allegata alla memoria difensiva depositata il 27.7.2009, risulta essere ancora in costruzione (pag. 2- dichiarazioni dell'interessata).

Occorre al proposito ricordare che la Responsabile della struttura, ascoltata durante l'udienza collegiale, ha riferito che nel corso delle telefonate i familiari hanno asserito di abitare tutti insieme e di chiamare dalla casa della nonna.

Quanto alle figlie, la signora, diversamente da quanto emerge dalle inchieste sociali, ha sempre dichiarato che frequentano la scuola. Dalle dichiarazioni all'Ispettorato di Polizia locale risulta che solo due sono residenti con la madre. Relativamente all'attività lavorativa della nonna, ella risulta amministratrice dell'Associazione familiare **F-V**, di cui è proprietaria “tramite una società”. All'udienza nanti il giudice delegato aveva dichiarato di lavorare dalle 8 alle 18/19, di avere una commessa e di “non avere più bisogno di girare”. All'udienza collegiale ha dichiarato di “non lavorare personalmente e di avere dei dipendenti”.

Quanto alla collaborazione lavorativa del figlio, essa appare costante dalle dichiarazioni materne, in realtà dalle diverse ricostruzioni dei movimenti del **V** si evince che dal 2003 egli

ha cercato fortuna dapprima in Italia (in realtà egli si è dedicato prevalentemente alla attività illecita, come emerge dall'elenco dei precedenti foto dattiloscopici), poi in epoca più recente in Francia e, nel medesimo periodo in cui la madre ha affermato essere in Romania a lavorare con lei, egli si era già trasferito in Francia asseritamente per lavoro (solo in occasione dell'udienza collegiale del 12.3.2009 si è avuta conferma della sua presenza in Bacau in data 18.2.09 - certificato medico).

Le richieste di questo TM circa la produzione della dichiarazione dei redditi, della documentazione della Camera di Commercio sull'attività lavorativa, sulla sua consistenza patrimoniale e sulla presenza di dipendenti, non hanno avuto ad oggi alcun esito.

La signora Y peraltro, anche in questo caso ha fornito versioni diverse: ella ha infatti dichiarato prima di avere introiti mensili per 4000 lei (cfr inchiesta sociale del 21.2.2008), successivamente 7000 lei, infine, 2000 euro.

Si noti comunque che le diverse informazioni presenti negli atti rumeni derivano esclusivamente dalle dichiarazioni della sig. Y.

Dalla testimonianza della Responsabile della struttura e dalle relazioni della stessa si evince che gli incontri tra la nonna e la minore (tre: il primo per nove giorni consecutivi; il secondo per tre giorni e il terzo di due), l'ultimo dei quali in data 12.3.2009 sono stati caratterizzati da affettività e attenzione. Dal marzo 2009 invece, i contatti sono stati esclusivamente telefonici.

Nel procedere ad una valutazione della posizione della nonna paterna, propostasi come affidataria della bambina, il Collegio ritiene che la figura, stante la assoluta inadeguatezza della G e del V debba essere analizzata quale figura sostitutiva rispetto ai genitori.

In tale ottica si osserva che capacità genitoriale non significa e non equivale alla capacità di manifestare tenerezza verso un bambino, propria di ogni individuo adulto verso il cucciolo della stessa specie.

Né è capacità reddituale (tanto peso è stato dato a sottolineare la crescita economica dell'azienda familiare).

Né è la capacità di trovare persone, e qui ce ne sarebbero almeno 6 o 7, che si potrebbero occupare della bambina.

Di fatto i documenti del Servizio Sociale rumeno ci dicono che ci sono due case, diverse persone (forse persino il nonno pluripregiudicato!) e un buon reddito; nulla, peraltro, viene detto su come siano queste persone e soprattutto ogni osservazione deriva esclusivamente da quanto affermato dalla Y.

Non è stata infatti svolta alcuna indagine sganciata dalle sue dichiarazioni, né sono state esaminate/viste persone dello stesso nucleo. Gli operatori rumeni risultano quindi aver operato con modalità e secondo canoni che non garantiscono alcunché rispetto alle risorse affettive ed educative del nucleo e della nonna in particolare, canoni ben lontani dai criteri necessari per stabilire l'affidabilità delle persone come figure psicologicamente sane o affettivamente capaci.

Le indagini sociali nulla hanno accertato di quanto dichiarato dalla Y, ed il risultato di tale modo di operare è quella serie di contraddizioni già sopra evidenziate circa plurime circostanze (si pensi ad esempio al fatto che non è ancor oggi chiara neppure la collocazione abitativa), ed una assoluta lacuna circa le effettive risorse affettive ed educative della signora Y. Nulla si sa, ad esempio, delle sue altre quattro figlie, della loro personalità, dei rapporti con la madre, del tipo di vita che esse conducono, del clima familiare in cui sono vissute e in cui stanno crescendo.

A ciò si aggiunga che la presenza della signora Y insieme con la G quando costei ha commesso il furto in data 15-4-2009, denota quanto meno una tolleranza verso uno stile di vita deviante, se non addirittura una condivisione di intenti (stante le modalità del fatto).

Pur tenendo conto delle diversità culturali, lo scenario che si è delineato è il seguente (tenendo anche conto delle diverse contraddizioni emerse): una bambina di due anni che sarebbe accudita da due o forse 3 o 4 adolescenti, che non esistono per l'anagrafe del loro paese, prive di scolarizzazione, in due case, di cui una in costruzione, una per il giorno e una diversa per la notte. Con una nonna (che per sua ammissione ha avuto esperienze di madre simili: infatti era dedita a commercio ambulante con il marito e i figli stavano con i nonni - verbale del 10.6.2008) che è impegnata sul lavoro circa 10 ore al giorno (e forse, persino un nonno pregiudicato per omicidio che risiede in una delle due). Con genitori, poco più che adolescenti, che hanno un rapporto connotato anche da violenza, un lavoro precario, una propensione per l'illecito e aspirazioni a trasferirsi in paesi più avanzati.

Per non parlare poi dell'assoluta indifferenza rispetto alla formazione dei processi di attaccamento che hanno nei primi mesi e nel primo anno di vita la loro base. Fatta eccezione per i primi 4 mesi, in cui la madre ha dimostrato il suo legame, per il resto del tempo ella è completamente scomparsa. La nonna, peraltro, che più di ogni altro ha manifestato il suo interesse per la nipote, dopo l'udienza del 12-3-2009 non è più venuta (e ormai sono passati circa 10 mesi) e si è limitata a richiedere notizie telefoniche (pur avendo ostentato capacità economiche tali da garantire albergo, vitto e viaggi per sé e per i genitori).

La capacità genitoriale in questo caso sembra essere intesa come il diritto acquisito di allevare all'interno del proprio nucleo un consanguineo, indipendentemente dallo spazio interno che questa bambina occupa per i suoi genitori o per i suoi parenti.

Neanche le Autorità Giudiziarie rumene, nella procedura conclusasi con sentenza del 25-9-2008 del Tribunale di Bacau, hanno svolto indagini sulle effettive capacità di crescere e garantire alla minore la risposta più consona ai suoi bisogni che non sono semplicemente da intendersi come i primari (cibo, sonno, igiene...), né nel momento in cui hanno disposto l'affidamento della minore alla nonna, né tanto meno quando hanno richiesto il rimpatrio immediato della piccola.

Questo TM, chiamato a valutare la condizione della minore e l'eventuale sussistenza dello stato di abbandono, non può avere in questo caso parametri di riferimento diversi da quelli adottati quotidianamente per i minori italiani o presenti nel nostro paese, parametri suffragati dalla letteratura internazionale riguardante i primi anni di vita degli ultimi trentanni.

In questa ottica le considerazioni di cui sopra portano ad affermare che le gravi e non transitorie carenze riscontrate nei genitori, non possano essere compensate dalla figura della nonna paterna, la quale non fornisce, a parere dei decidenti, alcuna garanzia né di tutela della bambina dai propri genitori, né di avere proprie capacità di crescerla nel modo adeguato secondo criteri scientificamente provati e condivisi nella nostra società e accolti dalla nostra legislazione e sempre applicati da questo TM.

Tutto ciò premesso si ritiene che i ritmi di crescita della bambina, la necessità di garantire alla stessa delle figure di

riferimento e dei rapporti affettivi stabili e definitivi, non consentano di procrastinare oltre decisioni doverose a tutela della minore, cui vanno doverosamente garantiti le cure, gli stimoli e l'affetto di una coppia genitoriale.

Una volta giunto a formulare, per le ragioni in precedenza diffusamente esposte, una prognosi assolutamente negativa circa le risorse e le possibilità di recupero della famiglia biologica, il TM ritiene che si debba salvaguardare il diritto del minore ad una "propria famiglia", anche se adottiva. Del resto, l'istituto della adozione si pone come strumento e rimedio per evitare che i diritti fondamentali di un individuo in crescita siano definitivamente e irreparabilmente elusi.

Nell'affermare dunque la sussistenza di uno stato di abbandono della minore X, tale da giustificare una pronuncia di stato di adottabilità, il Collegio ritiene di dover in ultimo rivendicare la propria giurisdizione e la applicabilità della legge italiana al caso di specie, malgrado la richiesta di rimpatrio del paese di origine e l'ordine di rimpatrio emesso il 31-7-2009 dal Presidente dell'Organismo Centrale di raccordo del Ministero dell'Interno Italiano.

Al riguardo il Collegio condivide l'orientamento giurisprudenziale (cfr sent 9576 del 4-11-1996 della Suprema Corte, secondo cui "l'art. 37 della legge 184/83 (oggi art. 37 bis) - ai sensi del quale nei confronti del minore straniero in stato di abbandono nel territorio dello stato è operante la legge italiana in materia di adozione, di affidamento, di provvedimenti necessari in caso di urgenza - comporta non soltanto, sul piano processuale, la giurisdizione del giudice italiano, a prescindere dagli elementi di collegamento previsti dalla legislazione interna, ma anche sul piano sostanziale, l'assoggettamento del rapporto alla normativa interna, in deroga alle comuni regole di diritto internazionale privato. Pertanto, qualora il Tribunale per i minorenni dia inizio alla procedura per la dichiarazione di adottabilità di un minore straniero, in relazione allo stato di abbandono in cui lo stesso si trovi al momento dell'intervento, la circostanza che, successivamente a tale intervento, le Autorità del paese di origine richiedano il rimpatrio del minore, così come non è idonea ad escludere la giurisdizione italiana, non fa venir meno la applicazione al rapporto della legge italiana, attesi gli stretti collegamenti tra giurisdizione e leggi applicabili in materia "

Il TM, inoltre, ritiene di non potersi esimere dall'osservare criticamente che l'Organismo Centrale di raccordo del Ministero dell'Interno Italiano, nel deliberare il rimpatrio della bambina e la sua collocazione presso la nonna non ha svolto alcuna valutazione critica delle scarse, incomplete, contraddittorie emergenze delle indagini sociali rumene, fondate unicamente sulle dichiarazioni della signora Y e prive di ogni approfondimento circa le risorse affettive ed educative del nucleo e le condizioni psicologiche dei suoi componenti. In tale contesto nessuna garanzia circa la effettiva condizione della minore deriverebbe neppure dal monitoraggio semestrale a cura delle Autorità rumene, previsto nell'ordine di rimpatrio.

P.Q.M.

Su conforme parere del PM
Visti gli artt. 11 e 15 L.184/83

Dichiara

Lo stato di adottabilità della minore X.

Interrompe

Qualsiasi rapporto tra la minore e qualsiasi familiare.

Visto l'art. 15 L.184/83, nomina tutore di X, l'Avv del Foro di Genova.
(... Omissis...)

II

(... Omissis...)

Motivi in fatto ed in diritto della decisione

Con sentenza n. 1/2010 il Tribunale per i Minori di Genova ha dichiarato lo stato di adottabilità della minore n. a Genova il 12/2007 ed interrotto qualsiasi rapporto tra la minore e qualsiasi familiare.

Avverso detta pronuncia ha proposto appello, chiedendo la revoca dello stato di adottabilità e l'affidamento della minore ad essa nonna paterna, disponendo il rimpatrio in Romania sotto la supervisione ed il monitoraggio dei Servizi Sociali romeni.

All'odierna udienza, a cui era personalmente presente l'appellante, sono stati sentiti i suoi difensori, la tutrice della minore ed il P.G. i quali hanno richiamato i rispettivi atti, concluso come in epigrafe ed illustrato le rispettive difese. L'appellante denuncia, in primo luogo, la contraddittorietà della pronuncia per aver sostanzialmente ammesso la sua adeguatezza e poi affermato l'inadeguatezza.

Sostiene che il nostro ordinamento riconosce il diritto del minore a crescere ed essere educato nell'ambito dalla propria famiglia di origine per cui a dichiarazione dello stato di abbandono costituisce misura residuale ed estrema da adottare solo nel caso in cui venga constatata l'impossibilità della famiglia di origine ad occuparsi del bambino e che ciò possa arrecare un pregiudizio irreparabile al suo sviluppo psico-fisico. Nel caso in esame non si potrebbe parlare, secondo la reclamante di abbandono della piccola essendo, se non i genitori almeno la nonna in grado di accudirla e di fornirle le cure materiali, il calore affettivo a l'aiuto psicologico necessari. Infatti, ella possiede una casa idonea a Bacau, svolge un'attività di commercio di frutta e verdura con un reddito di circa euro 1.750,00, tutte le relazioni dei servizi sociali del Comune di Genova e degli operatori che si sono alternati nella vigilanza sulla bambina sono stati concordi nel dichiarare che la nonna è persona affettuosa ed attenta nei confronti della piccola.

Il T.M., secondo l'appellante, avrebbe dato erroneo rilievo al fatto che essa fosse in compagnia della nuora in occasione del furto ed avrebbe erroneamente tradotto un documento, poiché in realtà il nonno paterno di non ha la stessa residenza della ex moglie. Non è vero che ella si sia disinteressata della nipote, non essendo più andata a trovarla dopo il 12/3/2009; il viaggio dalla Romania è lungo e faticoso, le spese sono ingenti ed inoltre, negli ultimi mesi dell'anno è stata sottoposta ad un intervento chirurgico che le ha impedito di raggiungere Genova fino alla data della sentenza. Ulteriore motivo di doglianza dell'appellante attiene alla mancata considerazione da parte del TM. della richiesta di rimpatrio della Romania e del successivo ordine di rimpatrio emesso il 31/7/2009 dal Presidente dell'organismo Centrale di Raccordo del Ministero dell'interno italiano. Ad avviso di questa Corte, l'appello è infondato. Il Tribunale per i Minorenni ha abbondantemente ed in modo condivisibile motivato la pronuncia assunta e le censure sollevate dalla ... non appaiono idonee a scalfire la solidità e completezza delle argomentazioni.

Innanzitutto contrariamente a quanto meramente affermato dall'appellante il Tribunale il cui obiettivo è, come deve essere quello di un giudice che deve affrontare il delicatissimo tema dello stato di abbandono del minore, volto a valutare l'esistenza di pregiudizi allo sviluppo ed alla serena crescita del bambino, ha delineato con grande cura il profilo della nonna, i suoi valori, le sue potenzialità educative.

Il T.M., per quanto qui interessa, ha analizzato, senza alcuna contraddittorietà la figura detta nonna quale sostitutiva dei genitori, una volta valutata come assolutamente inadeguate quelle della madre e del padre della piccola.

Infatti, dopo aver correttamente analizzata la nozione di capacità genitoriale ben distinta dalla capacità di manifestare tenerezza, capacità reddituale e capacità di trovare persone che potrebbero occuparsi della bambina, il primo giudice ha evidenziato l'incostante presenza dell'ascendente accanto alla bambina, il quadro poco chiaro e per nulla approfondito da parte delle autorità rumene a ciò deputate, la presenza della nonna accanto alla mamma dalla piccola in un'occasione sconcertante ha valutato negativamente la figura della , che non fornisce alcuna garanzia né di tutela della bambina dai suoi genitori, né di avere proprie capacità di crescerla nel modo adeguato secondo criteri scientificamente provati e condivisi nella nostra società e accolti dalla nostra legislazione.

Appare alla Corte altamente significativa la presenza della odierna appellante nel momento in cui la madre della minore era stata sorpresa a rubare e sconcertante la sottovalutazione ditale fatto da parte della difesa. Il fatto ben descritto nella sentenza gravata indica, al contrario il pericolo che la bambina subisca a sua volta una spinta verso comportamenti devianti e, quindi, certamente pregiudizievoli per la sua futura crescita. In ogni caso di fronte alla riconosciuta inadeguatezza genitoriale, ella ripropone proprio i genitori come persone che la potrebbero aiutare nell'accudimento della piccola.

A dir poco preoccupanti sono le scarse ed insufficienti in-

formazioni circa la reale situazione di vita della ... nel suo Paese. Non è chiara la collocazione abitativa del nucleo tra le due abitazioni indicate. Tre figlie non sono neppure iscritte nei registri dello stato civile, esse vengono definite "senza studi", ma non viene fatto riferimento ad attività lavorative espletate. Ella per sua stessa ammissione risulta occupata sul lavoro circa dieci ore al giorno per cui la previsione di vita della minore appare quanto meno dubbia e certamente non garantita nella sua evoluzione positiva.

In tale contesto e nella corretta stigmatizzazione della superficiale valutazione delle condizioni idonee per la corretta crescita della minore da parte delle stesse autorità giudiziarie rumene e dell'Organismo centrale di raccordo del Ministero, dovendosi applicare la legislazione nazionale sulla base del condivisibile orientamento giurisprudenziale offerto dal T.M., l'appello non può essere rigettato.

È indubbiamente vero che il ricorso alla dichiarazione dello stato di adottabilità costituisca misura estrema, ma quando la situazione della famiglia di origine presenta le problematiche sopra delineate occorre offrire alla bambina un'alternativa e consentirle di crescere in una famiglia che possa aiutarla ad affrontare il percorso per diventare adulta in modo sereno e positivo. ha una famiglia di origine, ma i chiari fatti delineati dagli atti dimostrano senza alcun dubbio che questa famiglia non le consentirebbe di crescere e maturare adeguatamente secondo i criteri positivi che la nostra società e la nostra legislazione riconoscono. In ciò consiste lo stato di abbandono del minore, concetto che è superato solo dalla capacità di manifestare affettività, come il T.M. ha esaurientemente argomentato. Ogni altra argomentazione difensiva è assorbita.

P.Q.M.

Respinge l'impugnazione proposta da ... avverso la sentenza in data 8/1/2010 del Tribunale per i minorenni di Genova. (... *Omissis*...)

**Pubblicità del volume di Elio Di Rella
Storia dell'Ordine degli Avvocati**

Documenti

Assetti patrimoniali in occasione della separazione

Andrea Fusaro

Notaio in Genova

Professore Ordinario nell'Università di Genova

Sommario: 1. *La contrattualizzazione del diritto di famiglia.* - 2. *L'ampliamento dei margini di operatività dell'autonomia privata.* - 3. *La forma.* - 4. *Il momento contributivo e quello distributivo nella crisi coniugale.* - 4.1. *Segue: I contratti tipici della crisi coniugale.* - 4.2. *Segue: I limiti.* - 5. *La divisione attuata con la separazione personale.*

1. La contrattualizzazione del diritto di famiglia.

Il tema affidatomi lambisce la tanto celebrata contrattualizzazione del diritto di famiglia, linea generale di tendenza che è registrata muovendo prima dalle coppie di fatto progredendo poi verso quelle coniugate e proiettandosi appunto con riguardo alla crisi coniugale, situazioni nelle quali l'aspetto patrimoniale è strettamente intrecciato con quello personale(1).

Per la famiglia di fatto il dato è evidente, dal momento che la stessa rilevanza giuridica del rapporto è, per molti profili, subordinata proprio alla presenza di un patto. Nell'ambito della crisi coniugale la connessione è ugualmente visibile, non solo negli accordi prospettici rispetto alla separazione ed al divorzio, ma nel progressivo ampliamento dei margini demandati all'autonomia ed all'arretramento del ruolo dell'intervento giudiziale.

La contrattualizzazione del diritto della famiglia rappresenta, in Italia, un fenomeno spontaneo della prassi, che le corti sono chiamate a valutare sul versante patrimoniale, mentre in altri contesti essa è assecondata dal legislatore come testimoniano- da ultimo- l'affido condiviso, poi i patti di famiglia nel diritto successorio ed ancora gli accordi di ristrutturazione dei debiti in ambito fallimentare.

La tendenza non è esclusivamente italiana, come attestano non solo le recenti legislazioni straniere in tema di patti tra conviventi e le prassi degli accordi prematrimoniali ratificate dalle corti(2), ma pure la recente riforma del diritto successorio francese

Il riguardo che - variamente- il giurista porta verso i concetti e le categorie richiama alla mente le celebri pagine di Francesco Santoro Passarelli sulla compressione dell'autonomia privata nell'ambito della famiglia(3), che le riletture recenti variamente si mostrano propense ad abbandonare, valorizzando il varco aperto dalla previsione codicistica degli accordi di indirizzo, per approdare alla disponibilità verso i patti prematrimoniali osservati in ambiente americano, ma per noi inediti(4).

La contrattualizzazione è, dunque, ipotesi storicamente formulata- dopo il codice del 1942- anzitutto rispetto ai profili personali, laddove fu dapprima fermamente scartata-, e poi recuperata sullo sfondo di una revisione delle matrici culturali ed ideologiche di quella teoria veneranda. Le motiva-

zioni addotte a supporto di quell'atteggiamento di sfavore verso l'espansione dell'autonomia privata nell'ambito della famiglia, attinenti al timore di sopraffazioni a danno del coniuge più debole ed all'incursione rispetto a territori e situazioni che serie ragioni consiglierebbero di sottrarre alle opzioni individuali, opportunamente aggiornate mantengono attualità e rappresentano il termine di raffronto cui rapportare accettabilità e desiderabilità della contrattualizzazione degli aspetti patrimoniali della crisi coniugale, intorno alle quali gravitano le posizioni variamente avanzate, nel cui ambito si registra il prevalere delle posizioni maggiormente favorevoli alla promozione dell'autonomia dei coniugi.

2. L'ampliamento dei margini di operatività dell'autonomia privata.

L'ampliamento dei margini di operatività dell'autonomia privata scaturisce, invero, da numerose opzioni interpretative, alcune di vertice, altre di dettaglio, convergenti nel rimuovere buona parte delle barriere un tempo erette.

L'allargamento dei confini sostanziali segue ad un'evoluzione che si è soliti far rimontare all'introduzione del divorzio e poi alla celebre sentenza della Corte Costituzionale del 1973 che abrogò il divieto di donazione tra coniugi, da cui prese avvio quel processo di privatizzazione attraverso il quale si è progressivamente pervenuti a ravvisare nella decisione dei coniugi la fonte di determinazione degli effetti patrimoniali, appoggiandosi all'art. 1322 c.c..

Altra è la questione relativa all'assimilazione di tali accordi ai contratti in generale, oppure l'opzione verso una loro singolarità tale da giustificare la specialità della disciplina, quesito che viene prevalentemente sciolto assecondando l'adattamento alle peculiarità del settore, quale- tra l'altro ed in particolare- l'operatività della clausola *rebus sic stantibus*, e l'assoggettamento ai ridottissimi margini di disponibilità degli interessi dei figli.

Snodo ermeneutico decisivo è rappresentato dall'emarginazione dell'art.160 c.c.- in cui è, notoriamente, depositata l'inderogabilità convenzionale dell'assetto compendiatore nel c.d. regime patrimoniale primario o contributivo -, che viene spiazzato rapportandolo alla prosecuzione della vita matrimoniale, così da liberarsi dalle preclusioni che impone.

Sullo sfondo di tali premesse concettuali si muove, poi, alla soluzione dell'interrogativo circa il ruolo assolto dal controllo giudiziario, che un tempo si riteneva rappresentare la fonte dell'intera disciplina della crisi coniugale e che ormai vede ridimensionato il proprio ruolo, confinato all'attribuzione di pubblica certezza rispetto alla modifica dello status ed al controllo di mera legittimità, con particolare riguardo ai figli. E', invece, all'accordo dei coniugi che oggi si tributa il ruolo di matrice della determinazione delle condizioni della separazione; per inciso, occorre sottolineare la differenza di tale situazione rispetto alla cessazione degli effetti civili del matrimonio, laddove il provvedimento giudiziale mantiene invece centralità, rimarcando la distanza rispetto al divorzio congiunto.

Questo inquadramento si è tradotto nell'emancipazione degli accordi non omologati che- un tempo risolutamente

osteggiati, in omaggio a quella premessa concettuale - la giurisprudenza ha preso ad ammettere, distinguendo tra quelli anteriori e successivi: i primi sarebbero validi se non interferiscono con quelli omologati, i secondi sarebbero validi ove assicurino una tutela superiore al coniuge più debole ed ai figli. Distinzione, peraltro, criticata da chi stigmatizza la diversità dei parametri, auspicando l'applicazione degli ordinari criteri ermeneutici.

3. La forma.

Sul terreno della forma, si è esclusa l'assimilazione degli accordi stipulati in sede di separazione alle convenzioni matrimoniali, regolate dagli artt. 159 e seguenti c.c., osservando come i primi siano destinati ad operare in un momento in cui viene meno la vocazione programmatica delle regole di appartenenza e di amministrazione che è invece propria delle seconde.

L'emarginazione della prescrizione relativa alla forma si estende al regime pubblicitario, ovviamente con riferimento alle pattuizioni patrimoniali (com'è noto, per il provvedimento di separazione personale dispone l'art.69 dell'ordinamento dello stato civile), mentre non coinvolge altrettanto sicuramente le altre norme, quali le disposizioni in tema di incapacità artt. 165 e 166 c.c.-, in cui qualcuno ravvisa regole confacenti alla specificità del contesto, come tali suscettibili di applicazione agli accordi in esame.

Un ulteriore allargamento dell'autonomia è stato realizzato ammettendo l'idoneità del verbale d'udienza a documentare accordi traslativi di diritti reali immobiliari, consentendone la trascrizione presso i registri immobiliari. Di qui si è tratta la legittimazione non soltanto dell'impegno a cedere beni con successivo atto notarile, ma dello stesso trasferimento operato nel verbale.

4. Il momento contributivo e quello distributivo nella crisi coniugale.

L'approccio tradizionale osserva il riprodursi rispetto alla crisi coniugale dei due momenti, contributivo e distributivo: il primo identificabile nella determinazione degli assegni, il secondo nella ripartizione della ricchezza accumulata. L'adozione di tale prospettiva non è soltanto utile sotto il profilo didascalico, ma proficua anche in chiave comparatistica, evidenziando un dato sistemologico peculiare al nostro ordinamento, che vale a differenziarlo da altri- è evidente il riferimento al diritto inglese- dove i due aspetti sono intrecciati.

Appartiene al primo versante la determinazione degli assegni, che incontra il limite della indisponibilità della componente assistenziale, nei cui confronti non vale la rinuncia, che non impedisce, tuttavia, la dichiarazione circa l'inesistenza dei presupposti per l'attribuzione dell'assegno. Ancora, occorre tenere conto della incombenza della *clausola rebus sic stantibus*, la cui inevitabile operatività destabilizza l'aspirazione alla definitività del pagamento in unica soluzione, consentita invece nel divorzio attraverso il filtro del controllo giudiziario.

L'autonomia subisce una considerevole compressione rispetto agli accordi in vista del divorzio, osteggiati dalla nostra giurisprudenza sulla scorta di molteplici ragioni- impiegate sulla indisponibilità dello status-, che sono invece ritenute superabili dalla dottrina maggioritaria, la quale- tra l'altro- addita l'attitudine dell'indagine condotta dal giudice come mezzo atto a garantire l'autenticità del consenso successivamente espresso.

4.1. Segue: I contratti tipici della crisi coniugale.

L'apertura rispetto agli accordi traslativi ha richiesto la rifini-

tura del profilo della causa, che è passata attraverso la spunta delle configurazioni più plausibili rispetto all'inquadramento di questi assetti, trascorrendo dalla transazione- di dubbio riscontro, laddove manchi la lite e difettino le reciproche concessioni- al negozio a causa familiare, transitando per inquadramenti più sbiaditi quali il negozio a causa esterna ed il generico contratto atipico. Notevole consenso ha riscosso la proposta di definirli come contratti tipici della crisi coniugale, dotati di una causa propria, in linea di massima non liberale.

4.2. Segue: I limiti.

La distinzione nostrana tra proiezione contributiva e distributiva vale a dar conto di un primo limite, connesso alla ritenuta improponibilità della domanda di divisione del patrimonio nel corso del giudizio di separazione. Si tratta, tuttavia, di uno sbarramento giudiziario, che non si propaga all'ambito negoziale, dove i due momenti ben possono intrecciarsi, non essendo precluso all'autonomia affrontare unitariamente il mantenimento e la ripartizione del patrimonio.

La cessazione del regime della comunione è, notoriamente, effetto legale della separazione personale, da cui scaturisce l'operatività dei meccanismi contabili propri della c.d. comunione residuale, mentre la divisione del patrimonio rappresenta una fase successiva, nel frattempo aprendosi il dilemma circa la regolamentazione della titolarità attraverso il richiamo alla comunione ordinaria oppure l'ultrattività di quella legale. Si ammette, quindi, l'accordo volto alla divisione, purché subordinato- meglio se espressamente- al perfezionamento della separazione, cui viene ricondotta la cessazione del regime della comunione legale. Di qui si trae argomento per criticare lo sbarramento giurisprudenziale alla proposizione congiunta delle domande, osservando inoltre come possa riuscire opportuna la considerazione congiunta dei due fronti.

5. La divisione attuata con la separazione personale.

Le strettoie civilistiche sono rappresentate, intanto, dall'eventuale regime di comunione legale, che impedisce di perfezionare trasferimenti tra coniugi con efficacia immediata, cosicché occorre stipulare preventivamente una convenzione optando per la separazione dei beni, oppure introdurre nell'accordo la condizione sospensiva dell'omologazione della separazione, purché perfezionata sulla scorta della riproduzione di quei contenuti nel verbale(6). La prima via è, ovviamente, più agevole e l'unica in grado di procurare l'immediatezza degli effetti, ma sconta gli inconvenienti connessi ad un prematuro scioglimento della comunione, da cui si sprigionano gli effetti contabili- l'operare della comunione residuale, l'insorgenza del diritto ai rimborsi ed alle restituzioni- che pare opportuno fronteggiare sullo sfondo della sistemazione complessiva. D'altro canto nel permanere della comunione legale si tende ad escludere la praticabilità di uno stralcio, in analogia a quanto disposto dall'art.191 c.c. per le aziende, ritenendolo- come detto- norma di stretta interpretazione.

L'alternativa consiste, quindi, nel subordinare la sistemazione all'omologa della separazione, momento in cui- secondo la tesi maggioritaria sopra illustrata - si realizza la cessazione del regime legale. Questa seconda soluzione presenta indubbi vantaggi fiscali, dal momento che consente di avvalersi della non imponibilità di tutti i trasferimenti realizzati nell'ambito della crisi coniugale, ormai pacificamente ammessa almeno in ordine ai trasferimenti tra coniugi (7), mentre rispetto a quelli in favore dei figli si registra la resistenza degli uffici finanziari (8) a recepire l'apertura giurisprudenziale (9), avallata dalla stessa Corte Costituzionale (10).

La fruizione dell'esenzione fiscale presuppone il collegamento con il procedimento, quale appunto si realizza subordinando l'efficacia del negozio all'omologa della separazione adottata con riferimento a quel medesimo contenuto. Proprio muovendo dall'ottica tributaria si è registrato come nella prassi gli accordi ospitano talora disposizioni non intrinsecamente connesse, quali liberalità perfezionate in occasione della crisi coniugale, ma non dipendenti dalla medesima; basti pensare ad elargizioni a favore dei figli, che talora sono concordate onde mediare un conflitto circa l'attribuzione della titolarità di qualche cespite, ma altra volta vengono realizzate per destinare alla discendenza quanto accumulato nel corso del matrimonio da cui sono nati.

Mentre sul fronte tributario la reazione si concretizza nel disconoscimento dell'esenzione(11), sotto quello civilistico si tratta di chiarire la causa di questi trasferimenti che- laddove denunciino effettivamente l'indipendenza rispetto allo sbocco patrimoniale della crisi coniugale- vengono a rifluire nell'alveo delle liberalità indirette oppure dirette, in quest'ultima ipotesi richiedendo la forma della donazione e comunque chiamando in gioco tutta la disciplina che le accompagna.

È appena il caso di segnalare come lo strumento dell'atto notarile preventivo possa forse giovare della efficacia prenotativa offerta dalla trascrizione nei registri immobiliari che è stata introdotta da un decennio per in contratti preliminari, dal momento che negli stessi impegni a trasferire contenuti nel ricorso la giurisprudenza ha in passato ravvisato la fonte di un obbligo a contrarre.

Alternativamente il ministero notarile è prestato a seguito dell'omologa, onde attuare le attribuzioni promesse nel verbale, ciò che consente di usufruire delle specifiche competenze in tema di trasferimenti immobiliari, senza rinunciare all'agevolazione fiscale, purché si usi l'accortezza di esplicitare il collegamento con quanto concordato in sede di separazione, che viene così attuato.

Certamente si aggiungono, in questo modo, i costi dell'intervento notarile, ma- come dicevano i vecchi- i soldi risparmiati dal notaio sono sottratti ai propri figli: insomma, sono i soldi meglio spesi

Note:

(1) Si rinvia alla illustrazione di G. Ferrando, *Il nuovo diritto di famiglia*, in G. Ferrando (dir.), *Il nuovo diritto di famiglia*, vol. II, Zanichelli, 2008, p. 40 ss..

(2) S. Patti, *I rapporti patrimoniali tra coniugi. Modelli europei a confronto*, in G. Ferrando., *Il nuovo diritto di famiglia*, vol. II, cit., p. 229ss.; A. Fusaro, *I rapporti patrimoniali tra coniugi in prospettiva comparatistica*, in G. Alpa e G. Capilli(cur.), *Diritto privato europeo*, Cedam, 2006, pp. 53-115

(3) F. Santoro - Passarelli, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, vol. I, Napoli, 1961, p. 361

(4) A. Zoppini, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 213

(5) In tema è doveroso il rinvio alla nota opera di G. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, 2 tomi, Giuffrè, 1999

(6) Cass. 15 maggio 1997, n. 4306, in *Fam. e dir.*, 1998, 81, in *Riv. not.*, 1998, 171, ha considerato implicita tale condizione, in quanto tutti gli accordi dedotti nel verbale sono destinati a divenire efficaci con l'omologazione, quando appunto la comunione cessa

(7) Cass. 17 febbraio 2001, n. 2347, in *Foro it.*, 2001, I, 3674, nel senso dell'applicazione dell'art. 19 l.74/87 (come interpretato dalla C. Cost. 10 maggio 1999, n. 154)

(8) Risoluz. Ag. Entrate- Direz. Gen. Norm. e Cont. 19 ottobre 2005, n. 151, ribadita con la Risoluz. Ag. Entrate- Direz. Gen. Norm. e Cont. 14 dicembre 2007, n. 372

(9) Cass. 30 maggio 2005, n. 11458

(10) C. Cost. 11 giugno 2003, n. 202

(11) Cass., 3 dicembre 2001, n. 15231, in *Notariato*, 2003, 273, con nota di Giunchi, secondo cui l'agevolazione non opera "con riferimento ad atti - solo occasionalmente generati dalla separazione- di scioglimento della comunione ordinaria tra gli stessi coniugi, che ben potrebbe persistere nonostante la separazione"; Cass. 22 maggio 2002, n. 7493 ha ribadito che "naturalmente l'esenzione non opera quando si tratta di atti ed accordi che non siano finalizzati allo scioglimento della comunione tra coniugi conseguente alla separazione, ma siano solo occasionalmente generati dalla separazione stessa".

Sezione mediazione, conciliazione, arbitrato

Documenti

Di cosa parliamo quando parliamo di... mediazione*

David Cerri

Scuola Superiore dell'Avvocatura - Roma

Non basterebbe l'abilità "minimalista" di Raymond Carver a focalizzare nello spazio di un breve articolo le questioni che più interessano la categoria a proposito della nuova normativa, ed in particolare il profilo della formazione. Ci basti allora parafrasare il titolo della sua celebre *short story*(1).

Il 5.3.2010 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il Decreto Legislativo n.28 del 4 marzo, in attuazione della delega contenuta nell'art. 60 della L. 69/2009 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. Lo strumento conciliativo approntato dal legislatore si inserisce, in termini generali, nell'ambito della c.d. *Alternative Dispute Resolution*, comunemente menzionata mediante l'acronimo ADR, sotto il quale vengono appunto accomunati i metodi di risoluzione delle controversie diversi dal procedimento giudiziale.

In questi ultimi anni nel nostro paese ed altrove si è parlato e discusso molto di ADR, e non solo al fine di comprenderne le caratteristiche, ma anche come alternativa per tentare di risolvere almeno due dei problemi che affliggono la giustizia civile, ovvero la lunga durata del processo e l'eccessivo numero di cause; ed un altro profilo considerato è stato quello dell'elevato costo dell'accesso alla giustizia, specialmente in altri paesi europei.

Nel 2008 sulla mediazione è intervenuta una Direttiva Comunitaria (la n.52 del 21 maggio 2008(2)), la quale aveva come proposito proprio quello di "facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie" e "promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario".

La delega contenuta nella L. 69/2009 si è inserita appunto nel solco della Direttiva comunitaria.

La dichiarata finalità deflattiva del contenzioso comune ad altri interventi sul processo civile (come quello di cui alla stessa L.69/2009) si può immediatamente percepire come assai ambiziosa, se si considera che in Italia non può dirsi ancora formata una vera e propria cultura dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, spesso visti con scarsa fiducia non tanto e non solo dagli operatori del diritto ma dagli stessi utenti. Ecco che la nuova normativa in materia di mediazione si propone anche di contribuire alla diffusione di tale cultura, impegno da tempo fatto proprio dalle istituzioni forensi nazionali e territoriali (si ricordino i protocolli d'intesa del Consiglio Nazionale Forense con Unioncamere e l'A.I.G.A., le iniziative locali come "Progetto Conciliamo" di Milano(3) ed il toscano "Progetto Nausicaa"(4), la costituzione di "Sistema Conciliazione"(5)).

Ciò che distingue la mediazione ora regolamentata è un aspetto non certo marginale, che costituisce probabilmente la più importante (e più discussa) novità: l'obbligatorietà della mediazione in alcune materie.

Vi è il rischio allora che la finalità deflattiva a qualunque costo faccia passare in secondo piano il vero "valore aggiunto" della

conciliazione, vale a dire la composizione sul piano degli *interessi* e non dei *diritti*, quale dovrebbe essere nell'ottica di una prospettiva "facilitativa" e non "aggiudicativa" dell'istituto, che è suggerita tra l'altro dal chiaro riferimento portato dal *considerando* 11 della cit. Direttiva n.52(6).

Opportuno quindi dapprima rapidamente scorrere le novità legislative (*di cosa parliamo...*) alla luce di quelli che sono comunemente riconosciuti quali caratteri principali delle procedure conciliative: ci riferiamo alla **volontarietà**; alla **necessità che sia gestita con competenza ed imparzialità**, ed alla **riservatezza**.

L'art.60 della legge-delega riprendeva molte indicazioni del d.d.l. allegato al Programma Esecutivo d'Azione (PEA) sulla mediazione n.2/2007 del Ministero della Giustizia.

Esaminando il decreto legislativo n.28, vediamo allora come sembri che del tradizionale principio della **volontarietà** si faccia strame allorché si prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione come condizione di procedibilità per una serie di materie (art.5), che comprendono condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

Vi è stata quindi una forte reazione del mondo professionale, memore dell'insuccesso di simili previsioni (noto a tutti l'esempio del tentativo obbligatorio in materia di lavoro, di cui all'art.410 c.p.c., dove salta all'occhio che il difetto è ...nel manico, val a dire nell'assenza di ogni garanzia di preparazione delle commissioni).

A parere di chi scrive, tuttavia, l'occasione è troppo importante per trincerarsi dietro una posizione negativa *a priori*: l'esperienza di alcune procedure conciliative obbligatorie amministrative (si ricordi quella per le controversie tra utenti ed imprese di telecomunicazioni) non è sfavorevole, né si può negare che dall'obbligatorietà dovrebbe derivare un forte stimolo alla diffusione di quella "cultura della conciliazione" già ricordata, con beneficio non solo dei cittadini ma delle stesse categorie professionali interessate. Ultimo ma non meno rilevante elemento per attendere quantomeno l'esito delle prime esperienze, prima di rivedere la previsione, è dato dall'importante avallo dato dalla Corte di Giustizia europea (sentenza 18.3.2010 nei proc. C-317/320 2008(7)) su domande di pronuncia pregiudiziale in relazione al principio della tutela giurisdizionale effettiva giusto nei casi delle procedure obbligatorie italiane or ora menzionate (telecomunicazioni). La Corte, in relazione all'art.6 Conv. Europea Diritti dell'Uomo (diritto ad un equo processo) ed all'art.47 della c.d. Carta di Nizza sui diritti umani e fondamentali (diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale) ha ritenuto che simili normative non costituiscano interventi "sproporzionati ed inaccettabili" tali da ledere la sostanza dei diritti garantiti. Consideriamo infatti che la durata massima è di quattro mesi; che sono consentite misure cautelari e trascrizione della domanda; che la richiesta di mediazione produce i consueti effetti su decadenza e prescrizione. E vi era già la giurisprudenza

della Corte Costituzionale sulla c.d. "giurisdizione condizionata" a legittimare un tale genere di previsioni normative(8).

Sulla **necessità di gestione competente** è apprezzabile il riferimento agli organismi di conciliazione registrati ed all'automatica iscrivibilità di quelli istituiti dai Consigli dell'ordine (art.18), ma:

- le regole di procedura adottabili sono quelle dei singoli organismi, con il rischio di disomogeneità

- ci sono rischi di sovrapposizione con gli altri organismi già previsti per legge (come ad es. il conciliatore bancario)

- la mancata previsione della difesa tecnica affidata a un avvocato nella procedura di conciliazione lascia una lacuna nell'affidabilità, forse più apparente che reale perché la presenza del legale si può dire immanente - tanto che (giustamente) si prevede all'art.4 c.2 l'obbligo di informare il cliente della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione (con conseguenze però a prima vista drastiche, come l'annullabilità del contratto d'opera professionale in difetto della prova da darsi "*chiaramente e per iscritto*" di tale informazione: *a prima vista*, abbiamo scritto, perché basta riflettere sulla ovvia e generale possibilità di recesso *ad nutum* per ridimensionare l'allarme...quindi è forse inutile stracciarsi le vesti).

Leggeremo i regolamenti attuativi: probabilmente non ci sarà da discostarsi molto dalle previsioni del D.M. 222/2004 dettato per la conciliazione societaria che a proposito della *professionalità* (art.4, 4 c. lett. a) adotta una definizione che prevede la coesistenza nel soggetto interessato di riconosciute qualificazione e capacità professionali, notorietà nell'ambiente professionale, e consuetudine nell'esercizio di attività mediatrice.

L' **imparzialità** è un elemento talmente connaturato alla conciliazione da non aver necessità di commenti in questa sede, se non forse uno pratico relativo alla costituzione degli organismi, in particolare di quelli presso gli Ordini. C'è da immaginarsi che la maggior parte dei mediatori che saranno iscritti siano avvocati appartenenti al foro dove le parti introducono la controversia; come la mettiamo con le incompatibilità più o meno apparenti (si pensi a quanto prevede l'art.55 del codice deontologico per gli arbitri)? A maggior ragione, allora, la necessità di pensare a forme organizzative che, consentendo aggregazioni di vari Ordini, facilitino le scelte, soprattutto in ambiti locali di modeste dimensioni.

Viene spontaneo pensare, conseguentemente, ai profili deontologici per gli avvocati per lo svolgimento delle attività di mediatore e di assistenza nelle procedure. Esistono già norme utilizzabili nel codice deontologico, ovviamente, ma forse non sarà inutile pensare alla tipizzazione di condotte sanzionabili, prendendo spunto dai codici per i conciliatori già esistenti (ed un buon spunto potrebbe essere dato dal Codice deontologico dei conciliatori e degli arbitri iscritti negli elenchi tenuti dalla Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob, approvato nello scorso marzo(9)).

Sulla **riservatezza** - il perno del successo dell'ADR secondo il Libro Verde 2002 della Commissione europea - disporrebbero adeguatamente gli artt.9 e 10: salvo diverso accordo delle parti, le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato o riassunto a séguito dell'insuccesso della mediazione, e sulle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale. Da notare che il mediatore è tenuto alla riservatezza anche per quanto appreso nei separati *caucuses* con le parti, quindi anche all'interno del procedimento.

Il vero fraintendimento dell'istituto da parte del legislatore lo si coglie però nel primo comma dell'art.11, laddove si prevede che "*Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione*". Dalla prospettiva facilitativa (che l'esperienza - si pensi a quella statunitense - mostra come esser l'unica che funzioni) si passa così a quella aggiudicativa, con la conseguente infausta prognosi sull'efficacia del nuovo strumento che, così come delineato, renderà assai difficile un atteggiamento lineare e meno cauto delle parti durante gli incontri, consapevoli che - di riffa o di raffa - potranno esserci conseguenze dalle posizioni assunte. Giustamente IISole24Ore ha nei giorni scorsi definito questa figura di mediatore come "*arbitro e giocatore*"(10).

Ulteriore dimostrazione è poi data dalla previsione (art.13) della possibile condanna alla refusione delle spese sopportate dalla parte soccombente qualora la decisione registri un contenuto identico alla proposta conciliativa formulata dal mediatore, eccessivamente severa (sarebbe bastato il riferimento all'art.91 c.p.c.(11)).

Anche alla luce di queste considerazioni le migliori possibilità di successo devono forse riservarsi alla conciliazione delegata endoprocessuale (art.5 c.2), che già l'autonomia delle parti aveva realisticamente individuato come lo strumento migliore per una efficace risposta di giustizia (v. le ricordate iniziative milanesi e toscane). Il giudice è infatti il soggetto meno adatto a condurre la conciliazione, come la stessa Direttiva n.52 cit. precisa, e numerose altre indicazioni di fonte comunitaria confermano, nonostante il diverso, ma forse scontato, recente parere del C.S.M. sul decreto(12). L'organismo di autogoverno della magistratura sembra non accorgersi della intrinseca contraddizione esistente nell'affermazione che "*il giudice...è già a conoscenza dello stato della causa ed è in grado di indirizzare le parti verso un accordo che tenga conto anche delle emergenze processuali*", ciò che tra l'altro è anche una raccomandazione inutile perché è scontato che tali elementi saranno considerati nell'individuazione delle alternative (MAAN e PAAN, su cui più avanti); mentre l'unica apertura è data dal suggerimento di avvalersi *eventualmente* di un mediatore quale ausiliario.

Un cenno infine alle agevolazioni fiscali (anch'esse, tra l'altro, oggetto di informativa al cliente da parte del professionista): esenzione assoluta per imposta di bollo e diritti, ed entro il limite di euro 50.000,00 per l'imposta di registro; possibilità di utilizzare in credito d'imposta l'indennità corrisposta ai soggetti abilitati, fino ad euro 500,00.

Anche un quadro così sintetico consente di porci alcuni quesiti essenziali, che in questa sede non possono però essere quelli relativi alla "gestione" ordinaria. Sicuramente complessi, se non addirittura drammatici, saranno tali aspetti per gli Ordini: ma occorre attendere i regolamenti attuativi, augurandoci che le istituzioni forensi sappiano far sentire la loro voce in sede di redazione. Un problema per tutti: potranno gli Ordini costituire aggregazioni, magari utilizzando le strutture esistenti - come le Fondazioni e le stesse Scuole forensi - ed anche con soggetti terzi od appositamente costituiti (purchè non con fini esclusivamente commerciali) per poter affrontare la mole di lavoro derivante dall'obbligatorietà?

Occupiamoci piuttosto di formazione, che è il compito precipuo delle Scuole Superiori, e che è già stato affrontato con l'insediamento di un Gruppo di lavoro e la predisposizione di un programma per la formazione dei colleghi che assumeranno il compito di formatori dei mediatori.

L'intento non può che essere, scopertamente, quello di individuare nella figura dell'avvocato - anche se non in via esclusiva - quella certamente "d'elezione" per ricoprire questo tipo di incarico; e non per rivendicare una sorta di riserva, ma perché tutto congiura a fornire tale indicazione, se ricordiamo quel profilo della competenza sopra ricordato come caratteristica essenziale.

Che non si tratti di una anacronistica chiusura della categoria è dimostrato appunto dalla disponibilità a pensare a forme consuete di co-mediazione (prevista dall'art. 1, c.1, lett.b) del d.lvo), dove l' indispensabile apporto del legale - del tecnico, cioè, in materia giuridica, specializzato nell'ambito della singola procedura - si affianchi quello dell'altro tecnico - vuoi di volta in volta medico, scientifico, psicologico, contabile ecc. - per ottenere il miglior risultato.

E il miglior risultato va pensato chiaramente in termini di "interessi" soddisfatti, non di "diritti" da far valere, ad evitare pericolosi fraintendimenti (e sovrapposizioni, in poche parole, tra le due visioni della conciliazione facilitativa ed aggiudicativa, laddove certamente il testo del D.lvo non aiuta, come accennato). Si è detto infatti giustamente che la caratteristica della mediazione è di presentarsi come un gioco *a somma diversa da zero* ("vinciamo" entrambi), mentre il sistema avversariale è proprio *a somma zero* (io vinco, tu perdi).

Il ruolo del legale torna quindi preminente sia per l'assistenza tecnica necessaria alla parte (qui si vi è da insistere, ma senza preoccuparsi più di tanto perché è nella logica delle cose che ci si rivolga al professionista), sia per la conduzione stessa del procedimento di conciliazione.

Due, allora, i profili della formazione: uno, appunto, quello della preparazione professionale del mediatore, al quale certamente non è sufficiente essere avvocato, e l'altro del difensore in questo tipo di procedimenti, ciò che richiede particolari abilità.

Proprio le caratteristiche della normativa, che sostanzialmente lascia al "mercato" la scelta dell'organismo di conciliazione, dovrebbero far riflettere la categoria sulla necessità di presentarsi competitivamente in termini di preparazione professionale; e la prima questione che si porrà a *tutti* i legali, soprattutto se si considera l'ampio ambito dell'obbligatorietà, sarà giusto quella di saper individuare i casi nei quali *convenga* ricorrere alla mediazione (o, diciamolo francamente, *favorire* o "*sabotare*" il tentativo obbligatorio).

Solo per accennarne alcuni, lasciando a trattazioni necessariamente più approfondite una vera e propria disamina, possiamo pensare allora ai casi in cui vi siano diversi interessi in conflitto; a quelli nei quali siano decisivi il fattore "tempo" o quello "immagine"; ancora a quando occorre assicurare una particolare riservatezza, od individuare una soluzione "sartoriale" su misura, quale una sentenza non potrebbe mai garantire; infine - ma quanti altri casi si potranno porre - quando vi sia l'esigenza di non interrompere i rapporti.

Quella del mediatore è un'opera maieutica - da levatrice, se il termine è più efficace... - diretta com'è a capire i veri obiettivi delle parti; non è un consulente, non "decide" nulla(13).

L'avvocato che assiste una parte dovrà imparare a prepararla ad affrontare il procedimento (non è certamente solo l' "informazione" ciò di cui necessita il cliente); dovrà saper individuare - ed illustrare - le c.d. MAAN e PAAN (cioè rispettivamente la *Miglior* e la *Peggior Alternativa all'Accordo Negoziato*).

Non potrà quindi ignorare - né in quella veste, né, a maggior ragione, in quella di mediatore - elementari tecniche di comunicazione e di psicologia, per superare tutti quegli ostacoli che si frappongono tra l'iniziativa conciliativa ed il raggiungimento di un risultato utile per le parti.

Evidente quindi come la formazione del mediatore e dell'avvo-

cato che partecipi a questi procedimenti sia un compito nuovo e importante, per il quale bisogna confessare che la classe forense deve attrezzarsi con urgenza e con lo scopo di fornire un servizio di qualità.

Quale strumento possono avere gli Ordini migliore delle Scuole forensi per costituire un sistema formativo in questa materia ?

Il vero problema sarà piuttosto costituito dalla scarsità di risorse umane (e, voglio ricordarlo ancora, da una adeguata regolamentazione attuativa); mentre non mancano i commentatori delle norme (sono da attendersi cumuli di *instant books*, convegni e relazioni...) sono infatti pochi coloro che possono dire di essere in grado di impartire un insegnamento delle tecniche della mediazione rivolto ai pratici, a coloro cioè che consentiranno o meno il successo della nuova normativa, pur con tutti i difetti che ha e gli auspicabili (ma al momento improbabili) miglioramenti. Lo sforzo della Scuola Superiore sarà quindi quello di iniziare questo percorso, sicuramente lungo e difficile, per far sì che su tutto il territorio si possa dire garantita la possibilità di una adeguata preparazione, prestando la sua assistenza nella promozione dei corsi così che non sia lasciato campo libero alle iniziative commerciali più disparate, che ormai - sulla scorta della esperienza della formazione permanente - ben conosciamo (e se è vero, come sembra, che il giro d'affari per gli organismi è previsto almeno in un miliardo di euro!).

Note:

* Rielaborazione dell'editoriale del n.3/2010 di Diritto e formazione, Rivista del C.N.F. e della Scuola Superiore dell'Avvocatura.

(1) "*What We Talk About When We Talk About Love*" (1981).

(2) In <http://eur-lex.europa.eu>.

(3) www.progettoconciliamo.it.

(4) www.progettonausicaa.it.

(5) Il comunicato stampa si legge in www.conciliatorebancario.it/documenti/comunicato_conciliatore7apr08.pdf.

(6) "*La presente direttiva non dovrebbe applicarsi alle trattative precontrattuali o ai procedimenti di natura arbitrare quali talune forme di conciliazione dinanzi ad un organo giurisdizionale, i reclami dei consumatori, l'arbitrato e la valutazione di periti o i procedimenti gestiti da persone od organismi che emettono una raccomandazione formale, sia essa legalmente vincolante o meno, per la risoluzione della controversia*".

(7) Si legge ad es. in tfc.aduc.it/generale/files/file/allegati/20100318-CorteEuropea.pdf.

(8) per C.Cost. n.296 del 25.7.2008, tra le varie, gli oneri imposti nell'esperimento dei rimedi giurisdizionali devono ritenersi giustificati "*solo in presenza di "interessi generali" o di pericoli di abusi (sentenze nn. 403 del 2007 e 82 del 1992) o di interessi sociali (sentenza n. 251 del 2003) o di superiori finalità di giustizia (sentenza n. 406 del 1993)*".

(9) Consulta www.consob.it/main/camera/index.html.

(10) *ISole24Ore* del 3.5.2010.

(11) Come aveva suggerito il Consiglio Nazionale Forense: v. l'estratto dal verbale della Commissione per lo studio e le riforme del codice di procedura civile del 29 ottobre 2009, in www.consiglionazionaleforense.it.

(12) Delibera 4.2.2010, in www.csm.it/documenti%20pdf/Parere4febbraioSesta.pdf.

(13) V., per un sintetico approccio, la relazione di A. Uzqueda per il IV Congresso nazionale di aggiornamento professionale organizzato dal C.N.F. e dalla Scuola Superiore dell'Avvocatura, (Roma 20.3.2009) *Dinamiche della procedura di conciliazione e il ruolo dell'avvocato*, che si legge nel cit. sito del C.N.F.

La competitività dello strumento arbitrale: i tempi e i costi dell'arbitrato

Tomaso Galletto

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. *Premessa.* - 2. *Il fattore tempo.* - 3. *I costi dell'arbitrato e il principio della soccombenza.* - 4. *Il nuovo regolamento della Camera Arbitrale di Milano e la disciplina dei tempi e dei costi dell'arbitrato.* - 5. *Conclusioni.*

1. Premessa.

Secondo quanto riferisce il rapporto "Doing Business 2010" della Banca Mondiale l'Italia si colloca al 156° posto nella graduatoria dei 182 Paesi censiti con riferimento al parametro costituito dal tempo necessario per realizzare coattivamente un credito contrattuale (occorrono in media 1210 giorni). Dalla relazione del Primo Presidente della Corte di Cassazione in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2010 apprendiamo che un giudizio di cognizione ordinaria in Tribunale dura in media 762 giorni nel Nord, 954 nel Centro, 1069 nelle Isole e 1172 nel Sud. Una stima di Confartigianato calcola che i ritardi nella giustizia civile costino annualmente alle imprese 2,3 milioni di euro, di cui 1.198 milioni di euro per il ritardo nella riscossione dei crediti. Si tratta di un quadro desolante e preoccupante nell'ambito del quale il ricorso a strumenti dell'autonomia negoziale per la risoluzione delle controversie civili e commerciali si rivela opzione privilegiata (e, in qualche modo, necessitata). In questa prospettiva l'arbitrato amministrato è certamente una delle soluzioni più funzionali alla conflittualità tra privati, in quanto coniuga l'efficacia del risultato (assicurata dalla equiparazione del lodo agli effetti della sentenza civile) con l'efficienza del procedimento, la professionalità del servizio e la prevedibilità dei tempi e dei costi necessari per ottenere una decisione sul merito della controversia. La comparazione tra processo arbitrale e processo ordinario è impietosa per quest'ultimo: alla rapidità e relativa stabilità dell'esito del primo si contrappone la lentezza ed imprevedibilità dell'esito del secondo (statisticamente, oltre il 50% delle sentenze civili di primo grado impugnate in appello è oggetto di riforma). Come è stato correttamente rilevato, tuttavia, la crescita della domanda di arbitrato riscontrata a livello europeo (e senza considerare l'ampissima diffusione dell'istituto negli Stati Uniti) non può essere spiegata soltanto in ragione della durata contenuta del relativo procedimento, dal momento che il fenomeno arbitrale è in crescita anche in quegli ordinamenti in cui la durata del processo civile è del tutto ragionevole (1). La durata contenuta del procedimento arbitrale, quindi, è soltanto una delle ragioni del crescente successo dell'istituto; la scelta arbitrale è orientata anche da considerazioni sulla specifica competenza e preparazione degli arbitri in determinate materie, caratterizzate da elevata complessità anche sotto il profilo tecnico, e sulla maggiore flessibilità dello strumento arbitrale rispetto al processo ordinario con riferimento sia alla procedura sia ai mezzi di prova utilizzabili. In altri termini, è l'ampio potere dispositivo che l'arbitrato assicura alle parti del relativo procedimento a segnare la profonda differenza con il giudizio ordinario e a rendere preferibile, in molti casi, la scelta arbitrale. Sono quindi molteplici le ragioni che rendono l'arbitrato maggiormente competitivo rispetto al giudizio ordinario, ma non vi è dubbio che - almeno nel contesto italiano - la celerità con la quale in sede arbitrale si giunge ad una pronuncia sul merito della controversia è il principale elemento che orienta la scelta di stipulare una convenzione arbitrale.

2. Il fattore tempo.

Il tempo necessario per conseguire la pronuncia arbitrale evidenzia la maggior competitività dell'arbitrato rispetto al giudizio ordinario sotto due distinti profili: la *prevedibilità* e la *disponibilità*. Per quanto riguarda il primo profilo, la legge dispone che se non è fissato un termine per la pronuncia del lodo questo deve essere pronunciato entro 240 giorni dalla accettazione della nomina da parte degli arbitri (art. 820 c.p.c.). Le parti sono quindi poste in grado di conoscere, sin dalla stipulazione della convenzione arbitrale (o del compromesso), il tempo necessario per ottenere la decisione della controversia. È vero che determinati eventi (o ragioni sopravvenute) possono comportare uno slittamento del tempo della decisione finale degli arbitri (assunzione di mezzi di prova o licenziamento di consulenza tecnica, pronuncia di un lodo non definitivo o parziale, modificazione della composizione dell'organo arbitrale), ma anche in queste ipotesi i tempi della proroga sono scanditi dalle norme e sono quindi anch'essi prevedibili. La *prevedibilità* del tempo della decisione è certamente un valore rilevante, di particolare interesse per le parti in conflitto: essa consente, quanto meno, una programmazione delle attività che possono essere incise dalla decisione arbitrale in funzione dei prevedibili tempi di essa. Ma anche il secondo profilo evidenziato, relativo alla *disponibilità* del tempo dell'arbitrato, è assai rilevante. Le parti possono, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, non soltanto prevedere *ex ante* (con la convenzione arbitrale o il compromesso) il termine per la pronuncia del lodo in misura maggiore o minore di quello generalmente previsto dalla legge, ma anche - con il consenso dell'organo arbitrale - prorogare una o più volte il termine. All'interno del procedimento arbitrale, poi, le parti possono modulare come meglio ritengono le scansioni temporali per l'espletamento delle attività necessarie per giungere alla decisione arbitrale. I tempi del processo arbitrale non sono rigidamente scanditi come nel processo ordinario e, ciò che più conta, essi sono disponibili, in quanto anche sotto questo profilo vige il principio che privilegia l'autonomia delle parti. Si è quindi in presenza di una straordinaria flessibilità del tempo del processo (a seconda della convenienza delle parti) alla quale si contrappone la rigidità delle scansioni temporali del processo civile. In altri termini, mentre nel giudizio ordinario i tempi sono eterodiretti (dalla legge, dal giudice), nel processo arbitrale essi sono dettati dall'autonomia delle parti. La circostanza che, con la riforma del 2006, il termine per la pronuncia del lodo possa essere prorogato, anche su istanza degli arbitri (o di una sola parte), ad opera del Presidente del Tribunale (art. 820, comma 3, lett. b) c.p.c.) rappresenta una eccezione alla regola generale che vede nelle parti i soggetti legittimati a disporre del tempo dell'arbitrato. Non vi è dubbio, allora, che il dominio ad opera delle parti del fattore tempo (nel procedimento e nella decisione arbitrale) è elemento che caratterizza l'arbitrato e contemporaneamente ne esalta la competitività rispetto al processo ordinario.

3. I costi dell'arbitrato e il principio della soccombenza.

È opinione diffusa (e risalente) che l'arbitrato sia uno strumento di risoluzione delle controversie civili molto costoso e, in quanto tale, elitario. Tale opinione merita di essere rivisitata (e rivista) alla luce dell'evoluzione che il fenomeno arbitrale ha conosciuto negli ultimi decenni. Le iniziative assunte dagli organi comunitari già nell'ultimo decennio del secolo scorso, intese a favorire il ricorso a metodi alternativi di risoluzione delle controversie civili e commerciali, hanno fatto emergere le potenzialità dell'arbitrato anche con riferimento a controversie di valore non particolarmente elevato, ferma restando la cautela, suggerita anche dalla Corte di Giustizia, rispetto alla generale applicazione dell'arbitrato nella materia dei diritti dei consumatori (2). L'indagine dal punto di vista del diritto

comparato, inoltre, consente di rilevare una generale tendenza volta a favorire il ricorso allo strumento arbitrale. In questa prospettiva il problema dei costi dell'arbitrato assume un particolare rilievo, poiché l'onerosità della procedura può costituire effettivamente un deterrente rispetto alla scelta arbitrale. La questione, tuttavia, deve essere affrontata distinguendo le varie componenti del costo dell'arbitrato. Innanzi tutto dalle voci del costo dell'arbitrato deve essere scomputata quella riferita all'assistenza legale (non obbligatoria, tra l'altro) posto che il costo di essa è del tutto analogo a quello da sostenersi in un ordinario processo di cognizione. Il costo per la gestione amministrativa dell'arbitrato, riferibile alla funzione di segreteria dell'arbitrato, è invece effettivamente più elevato - in generale - dell'importo del contributo unificato dovuto per le cause in sede ordinaria, ma il servizio reso non è in alcun modo paragonabile a quello effettuato dalle cancellerie dei tribunali. Il costo relativo alla remunerazione dell'organo arbitrale, infine, è peculiare della procedura prescelta e non comparabile con un analogo costo riferito al processo ordinario. Tale costo, peraltro, non è altro che il riflesso, sotto il profilo patrimoniale, della circostanza per cui nell'arbitrato sono le stesse parti (direttamente o in via mediata) a scegliere il/i componente/i dell'organo giudicante. I vantaggi di questa opportunità, che consente di individuare i soggetti astrattamente più idonei (per capacità, esperienza) a dirimere il conflitto, non necessitano di particolari sottolineature e valgono certamente a giustificare la maggior onerosità, sotto questo profilo, della scelta arbitrale. D'altra parte, anche nel processo arbitrale vige il principio della soccombenza, in base al quale i costi del processo devono essere rimborsati alla parte vincitrice. In questa prospettiva deve essere disapprovata la tendenza degli arbitri (per la verità oggi meno diffusa che in passato) a compensare tra le parti i costi della procedura anche in assenza di plausibili ragioni giustificative di tale scelta. Quest'ultima, tra l'altro, poteva forse in passato trarre spunto da una inesatta percezione del fenomeno arbitrale, da taluno inteso quale strumento volto a perseguire una soluzione in senso lato transattiva della controversia. Oggi una tale visione dell'arbitrato non è più sostenibile, anche alla luce della recente riforma del 2006 che ha fortemente accentuato la connotazione processuale dell'arbitrato (emblematica è, in proposito, l'equiparazione - di cui all'art. 824-bis c.p.c. - del lodo, quanto agli effetti, alla sentenza civile). La tendenza dell'ordinamento processuale civile, tra l'altro, è evidentemente orientata a considerare eccezionale l'ipotesi di compensazione (parziale o totale) delle spese di causa (v. artt. 91 e 92 c.p.c. nel testo novellato nel 2009), e non vi è ragione per una diversa soluzione nell'ambito del processo arbitrale. Attraverso il corretto uso del potere di allocare le spese originate dalla controversia, allora, il maggiore costo della procedura arbitrale dovrebbe tendenzialmente fare carico alla parte soccombente, rendendo neutri per la parte vincitrice gli effetti patrimoniali della scelta arbitrale, in astratto più onerosa di quella del giudizio ordinario. Anche l'opzione per un organo arbitrale monocratico può contribuire a diminuire la maggiore onerosità dei costi arbitrali rispetto a quelli del giudizio ordinario e questa scelta, in effetti, è sempre più privilegiata nell'ambito dell'arbitrato amministrato, naturalmente ove la natura della controversia e la convenzione di arbitrato lo consentano. L'arbitrato amministrato, per parte sua, si propone quale scelta privilegiata sia in ragione della prevedibilità dei costi della procedura (generalmente più competitivi di quelli risultanti dalle tariffe forensi), sia per la maggior professionalità del servizio complessivamente reso alle parti.

4. Il nuovo regolamento della Camera Arbitrale di Milano e la disciplina dei tempi e dei costi dell'arbitrato.

Il nuovo Regolamento della Camera Arbitrale di Milano, in vigore dall'1/1/2010 (di seguito, il "Regolamento") modifica sotto alcuni profili le previgenti disposizioni in materia di tempi e costi del procedimento. Per quanto riguarda i tempi, il nuovo art. 32 del Regolamento dispone che il Tribunale Arbitrale debba depositare il lodo definitivo entro sei mesi dalla sua costituzione, ma fa salvo (diversamente da quanto precedentemente previsto) il diverso accordo delle parti "nella convenzione arbitrale". La modifica è di rilievo, in quanto sottolinea il primato dell'autonomia delle parti nel governo del termine per la pronuncia. Con la convenzione arbitrale, infatti, le parti possono convenire esse stesse il termine per la pronuncia del lodo e la nuova regola, diversamente dalla precedente, privilegia comunque il termine previsto dalle parti, che in ipotesi può essere più breve di quello, semestrale, dettato dal Regolamento. Restano invece sostanzialmente immutate, salvo lievi varianti terminologiche, le previsioni in ordine alla proroga del termine per il deposito del lodo ed alla sospensione di esso ad opera, a seconda dei casi, del Consiglio Arbitrale (che può provvedere anche d'ufficio) o della Segreteria Generale (in ipotesi di consenso delle parti). Anche la regola secondo la quale (contrariamente alle previsioni codicistiche) la pronuncia di un lodo non definitivo o parziale non determina automaticamente una proroga del termine per il deposito del lodo finale è immutata nel nuovo Regolamento. La disciplina dei costi, per parte sua, resta sostanzialmente immutata. Ai sensi dell'art. 36 del Regolamento i costi del procedimento sono costituiti dalle seguenti voci: onorari della Camera Arbitrale; onorari del Tribunale Arbitrale; onorari dei consulenti tecnici d'ufficio; rimborsi spese della Camera Arbitrale, degli arbitri e dei consulenti tecnici d'ufficio. È invece nuova, ed opportuna, la previsione contenuta all'art. 41.6 del Regolamento ai sensi della quale, su istanza motivata della parte, la Segreteria Generale può ammettere che per i depositi anticipati e finali relativi ai costi del procedimento siano prestate garanzie bancarie o assicurative. Una visione di insieme delle tariffe allegata al Regolamento consente infine di rilevare che i costi ivi indicati siano competitivi rispetto alle analoghe previsioni delle tariffe forensi di cui al D.M. 127/2004 che, per espressa disposizione normativa, si applicano inderogabilmente a tutti i componenti di collegi arbitrali, anche se essi non sono avvocati (cfr. art. 24 L. 4 agosto 2006 n. 248).

5. Conclusioni.

Le considerazioni che precedono consentono di trarre talune conclusioni sulla rilevanza del fattore tempo e del fattore costo nella scelta dello strumento arbitrale. La maggior competitività dell'arbitrato rispetto al giudizio ordinario quanto ai tempi di conseguimento di una decisione sul merito della lite è oggettivamente innegabile, anche a fronte delle statistiche sulla durata media di un giudizio di primo grado che sono state precedentemente ricordate. L'aspetto sul quale è opportuno riflettere, peraltro, non è solo quello della velocità della conclusione del procedimento: altrettanta importanza, infatti, deve essere riconosciuta alla disponibilità dei tempi del processo arbitrale che è riservata alle parti e che è un vero e proprio valore aggiunto peculiare dello strumento arbitrale. Anche per quanto riguarda il fattore costo, rispetto al quale non può negarsi una potenziale maggiore onerosità dell'arbitrato rispetto al giudizio ordinario, deve rilevarsi il rilievo economico dei numerosi vantaggi indiretti che sono offerti dall'arbitrato. La possibilità di scegliere il giudice più adatto a risolvere una determinata controversia, invero, non ha termine di comparazione con il giudizio ordinario e costituisce un valore suscettibile di quantificazione economica.

La decisione assunta da persona competente, infatti, tende ad assicurare maggiore stabilità alla pronuncia ed a scoraggiare l'impugnazione, con evidenti vantaggi per la parte vittoriosa in termini di tempo necessario ad ottenere l'adempimento dell'obbligazione controversa. In questa prospettiva, allora, il maggior costo della procedura arbitrale si dissolve a fronte del costo riconducibile al protrarsi per molti anni (in qualche caso oltre un decennio) delle controversie davanti al giudice ordinario con conseguente impossibilità di programmazione basata sull'esito della lite. L'arbitrato, specialmente se amministrato con conseguente controllo sulla regolarità formale della procedura, esce vincitore anche nella sfida sul costo, per le ragioni sinteticamente ricordate in precedenza. Occorre, certo, ancora molto impegno per una diffusione della cultura arbitrale che, nel nostro ordinamento, è ancora carente, ma la serietà e professionalità delle istituzioni arbitrali, fra le quali spicca la Camera Arbitrale di Milano, fanno ben sperare per il futuro dell'arbitrato.

Note:

(1) In argomento le interessanti considerazioni di V. Vigoriti, *Criteri di scelta tra giudizio ordinario e arbitrato*, in Rubino-Sammartano (a cura di), *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009, 3 ss..

(2) Per un inquadramento delle delicate questioni che si pongono in tema di arbitrato delle controversie dei consumatori v., se vuoi, T. Galletto, *Arbitrato e diritto dei consumatori*, in *Foro Pad.*, 2009, II, 108 ss.. Particolarmente importanti sono, in proposito, le decisioni della Corte di Giustizia Mostaza, 26 ottobre 2006, C-168/05 e Asturcom, 6 ottobre 2009, C-40/08.

Ulteriori osservazioni sulla mediazione civile

Gualtiero Timossi

Avvocato, Foro di Genova

1) L'art. 17 n° 4B del D.lgs 28/03/2010 precisa che l'indennità dovuta per gli "organismi di mediazione" non potrà superare il venticinque per cento nell'ipotesi di successo della mediazione facoltativa e che verranno stabilite le riduzioni minime dell'indennità dovute nell'ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità ai sensi dell'art. 5, comma 1.

L'analisi che segue prende in considerazione appunto i casi di mediazione obbligatoria.

Ipotizzando, che il compenso sia meno della metà rispetto al 25% della facoltativa, cioè il 10%, per avere subito una valutazione, si prende in considerazione, invece, l'incidenza in percentuale sul valore delle cause che deriva attualmente dal Contributo Unificato.

Si parte dall'esempio del valore massimo di ogni scaglione (per cui viene subito esposta la modalità di calcolo che, ovviamente, vale per tutti gli altri scaglioni).

€ 30,00 per valore della controversia sino ad € 1.100,00 quindi $30:1100 = x:100$, pertanto $30 \times 100 = 3000$ e $3000:1100 = 2,727$.

Facendo gli opportuni calcoli per i valori dell'intera tabella si ha: (1.100) 2,727%; B (5.200) 1,346%; C (26.000) 0,653%; D) (52.000) 0,653; E (260.000) 0,192; F (520.000) 0,153.

Quanto a G) si faccia attenzione che è il "valore superiore", cioè qualsiasi possa essere l'ammontare della controversia (anche un miliardo), il contributo unificato è sempre € 1.100,00.

2) L'art. 20 comma I (per spingere le parti a transigere) statuisce che il credito di imposta è ridotto a metà se non è raggiunto

l'accordo; quindi, in caso di mancato accordo il 3% è comunque perso.

2.1) Sempre con riflesso all'ipotesi di mancato accordo, ciascuno dovrà pagare il proprio avvocato, che dovrebbe essere partecipe della trattativa al fine di esporre gli argomenti di natura giuridica alla base della controversia.

Se pensiamo che oggi un mediatore immobiliare, con il 3% corrisposto da ciascuna parte, percepisce il 6%, per aver messo in contatto i contraenti, a condizione però (contrariamente al caso della mediazione obbligatoria), che il contratto giunga a buon fine, si vorrà pure che l'avvocato in questo "clima percentualistico dei compensi" percepisca un 3%, per questa fase mediatoria ove dovrebbero essere dibattute tesi giuridiche.

Quindi, nell'ipotesi di mancato accordo vi è già comunque una perdita del 6%.

3) Poi, se nel caso di mancato accordo, segue il giudizio, con quella dose di alea che (è inutile negarlo) vi è in tutte le cause, nel caso di soccombenza, l'onere sarà enorme, poiché alle attuali spese previste ex 91 c.p.c. si aggiunge il costo della mediazione obbligatoria, oltre al contributo unificato.

Quindi, nell'ambito della causa, gli aspetti giuridici avranno un decadimento per il prevalere degli aspetti mercantili.

3.1) È ovvio, infatti, che nell'ambito della controversia, diviene saliente l'operato dei ragionieri, dei commercialisti, o di qualunque sensale, poiché sarà normale, anzitutto, una valutazione tra le parti di quanto denaro sia conveniente perdere, anche avendo ragione, pur di non doversi servire di un meccanismo che, è sempre costoso, persino se non si ottiene alcun risultato ed a cui si potrebbe aggiungere, l'alea ed il costo di una causa.

4) È la fine dell'essenza della professione forense poiché, anche se qualcuno si rivolgerà ad avvocati per l'analisi della controversia, non nascondiamoci che, per i motivi appena esposti, la trattazione anche con l'avvocato avrà anzitutto una visione mercantile, prevalente sull'analisi di quanto è giusto od ingiusto. Insomma nasce una classe di mercanti, subisce obsolescenza quella dei giuristi.

5) Certamente lo Stato vedrà diminuire il costo dell'amministrazione giudiziaria, poiché il numero delle cause dibattute nei Tribunali diminuirà; però, a questo punto, potrebbe osservarsi che, se si abolisse anche il costo della sanità pubblica o della polizia, il vantaggio economico sarebbe assai superiore, ma nessun uomo intelligente vorrebbe che venisse a sparire proprio il "medico di base" e nemmeno che, invece di andare negli ospedali, una persona debba servirsi delle cliniche private, così come non sembra ragionevole che ogni persona debba avere una pistola in tasca od una guardia del corpo.

6) Peraltro è subito agevole rilevare che, se è ipotizzabile un risparmio per il Ministero della Giustizia, il "costo sociale per aver giustizia" diverrebbe più oneroso per il cittadino, proprio in dipendenza dei rilievi banalmente contabili sopra prospettati. E sorge persino il "cattivo pensiero" che l'istituto della mediazione obbligatoria sia sorto per far guadagnare persone che non hanno avuto successo nella professione forense e, con la funzione di "mediatori" viene trovato loro un posto pagato con un patto di quote lite obbligatorie (!!!) persino quando non concludono nulla.

7) Abbiamo visto abolire, con sostanziale celerità, il Rito Societario (che addirittura era divenuto norma del C.P.C.), perché qualche sua complicazione (ma non era "tutto sbagliato") dava noia al mondo della grande economia; è augurabile che la "mediazione obbligatoria", venga abolita prima della sua entrata in vigore in quanto, come si è detto, costituirebbe un costo sociale, talché la diminuzione delle spese del Ministero della Giustizia avrebbe solo un valore fittizio.

Sezione di diritto amministrativo

Sentenze e Ordinanze

Corte dei Conti, sezione giurisdizionale per la Liguria, 1 dicembre 2009, n. 515 - Pres. Salamone - Rel. Cominelli - Brandimarte (Avv. Massa) - Floreani Vice Proc. reg.

CORTE dei conti - danno erariale - sentenza penale di condanna a seguito di patteggiamento - prova della sussistenza del fatto e della sua commissione.

CORTE dei conti - danno erariale - variazione entità del danno - non alterazione del fatto lesivo - configurabilità di una mutatio libelli. - esclusione

CORTE dei conti - danno erariale - infortunio sul lavoro di dipendente del Ministero - prestazioni assicurative e retribuzioni corrisposte dall'ente all'infortunato - responsabilità amministrativa del direttore dell'istituto - riduzione del danno per concorrenza di altri responsabili.

La sentenza di patteggiamento in sede penale, sui medesimi fatti oggetto della cognizione del giudice contabile, fonda la prova della responsabilità erariale, in riferimento agli elementi costitutivi della colpa grave e del nesso di causalità. (1)

Una variazione dell'entità del danno in corso di giudizio, non costituisce mutatio libelli, bensì emendatio libelli, in quanto trattasi di una specificazione che non altera il fatto lesivo. (2)

Gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa del pubblico funzionario, in presenza di sentenza penale di condanna, possono essere mutuati da questa, almeno con riferimento all'elemento psicologico ed al nesso causale, là dove già il giudice penale abbia motivato come i danni determinatisi, derivino dalla mancata osservanza del dovere specifico di adozione di tutte le misure di sicurezza atte a scongiurare eventi lesivi derivanti dall'eventuale pericolosità dei materiali. (3)

(...Omissis...) **Fatto**

Il Procuratore Regionale della Corte dei Conti per la Regione Liguria, con atto dell'11 giugno 2008, ha citato il sig. Brandimarte Giovanni, in qualità di direttore dell'Istituto di chimica degli esplosivi di Maripermann di La Spezia, chiedendone la condanna al pagamento di euro 40.299,80 oltre a rivalutazione monetaria, interessi legali e spese di giudizio.

Tale danno erariale, secondo la prospettazione accusatoria, deriva da infortunio sul lavoro di un dipendente civile del Ministero della Difesa, avvenuto il 13 marzo 1997, per deflagrazione di un generatore di gas per sistemi di pretensionamento di cinture di sicurezza, nel corso di un esperimento condotto per conto della ditta Valsella S.p.A.

In merito a tale episodio è intervenuta sentenza di condanna del Pretore di La Spezia (3 marzo 2000), confermata dalla Corte d'appello di Genova (1 febbraio 2002), per non aver l'odierno convenuto provveduto a tutte le misure di sicurezza necessarie per trattare materiali esplosivi.

La quantificazione del danno è riferita (come emerge dall'atto di messa in mora), per l'importo di euro 34.004,65 al costo, posto a carico del Ministero della Difesa, delle prestazioni assicurative di legge, erogate ed erogande dall'Inail all'infortunato (valore della rendita dovuta dall'istituto assicuratore), e

per euro 6.295,15 alle retribuzioni comunque corrisposte all'interessato durante l'assenza dal lavoro.

Questa Sezione ha ritenuto necessario, ai fini della decisione, acquisire la documentazione attestante l'avvenuto esborso della somma sopra indicata da parte del suddetto Ministero, ed ha emesso a tal fine l'ordinanza n. 157 del 15 dicembre 2008.

In esecuzione di detta ordinanza, l'Inail ha precisato che il valore capitale ammonta a euro 43.559,33, i ratei corrisposti a euro 19.759,02 e gli interessi maturati a euro 2.973,13, per un totale di euro 66.291,48.

Il convenuto si è costituito in giudizio.

La difesa del Brandimarte argomenta che non erano state prese precauzioni perché il materiale era classificato, ai sensi dell'art. 82 del R.D. 6 maggio 1940 n. 635, "artificio di 5^a categoria", che corrisponde (anche) a "giocattoli pirici"; pertanto, l'incidente va ricondotto esclusivamente a vizio di fabbricazione del congegno o anomalia del suo funzionamento.

Vi è sentenza penale di condanna del Tribunale (per patteggiamento) nei confronti dei responsabili della ditta Valsella S.p.A., mentre la Commissione d'inchiesta della Marina (2003), ha concluso non rilevando particolari condizioni di pericolo per gli operatori.

Si osserva poi, relativamente al rapporto del presente giudizio con la sentenza di condanna in sede penale, che il Giudice contabile deve comunque valutare la sussistenza del nesso di causalità con il danno e dell'elemento soggettivo della colpa grave, e non può essere vincolato dalla condanna penale per reato colposo, dovendosi valutare la gravità del comportamento addebitato, attesa la diversa nozione della gravità della colpa nelle due distinte sedi giudiziarie.

Si chiede pertanto l'assoluzione del convenuto e, in subordine, la quantificazione del danno in misura minore, ossia limitata al valore capitale iniziale della rendita riconosciuta all'infortunato, e inoltre limitata alla quota del suo apporto causale all'evento (valutabile nel 30%, come da transazione in sede civile), e ulteriormente ridotta in via equitativa.

All'odierna udienza, l'avv. Francesco Massa, per il convenuto, si è richiamato alle memorie, eccependo inoltre l'inammissibilità della domanda attorea, costituendo la richiesta della Procura una *mutatio libelli*, in quanto viene contestato un danno di maggiore importo poiché, come precisato dall'Inail, la percentuale di invalidità, valutata dapprima nel 13%, è stata successivamente portata al 18% (cfr. doc. 2 e 3 della Procura), e ciò è avvenuto un decennio prima dell'atto di citazione.

Il Pubblico Ministero, nella persona del Vice Procuratore Regionale dr. Piero Floreani, ha sostenuto che non vi è stata *mutatio*, ma *emendatio libelli*; che in materia di prestazioni periodiche, l'unico modo di valutare il danno è la capitalizzazione; che fra l'Inail e lo Stato non c'è un vero e proprio rapporto assicurativo, ma l'Inail gestisce il rapporto assicurativo, e anticipa l'erogazione delle rendite poi rimborsate dallo Stato. Ha chiesto la condanna per l'intero danno, potendo poi il convenuto agire in sede di azione di rivalsa nei confronti degli altri responsabili.

Considerato in

Diritto

Preliminarmente, va respinta l'eccezione di inammissibilità

proposta dalla difesa, relativa all'asserita sussistenza di una *mutatio libelli*. Una variazione dell'entità del danno commisurata, nel caso di specie, all'entità della rendita, costituisce infatti una precisazione e specificazione che non altera il fatto lesivo, quale accadimento storico, che viene fatto valere in sede di giudizio, e deve pertanto essere considerata non una *mutatio*, ma una *emendatio libelli*, (cfr.: Sezione II appello, n. 218 del 25 giugno 2008; Sezione I appello, n. 15 del 20 gennaio 1998; Sezione Toscana, n. 523 del 17 settembre 2009).

Nel merito, si osserva quanto segue.

Va considerato in primo luogo che la sentenza penale di condanna, passata in giudicato, fa stato ai fini del presente giudizio (art. 651 c.p.p.), in relazione alla sussistenza del fatto e alla commissione dello stesso da parte del reo.

La difesa ha sostenuto che il Giudice contabile deve comunque valutare la sussistenza del nesso di causalità con il danno e dell'elemento soggettivo della colpa grave, e non può essere vincolato dalla condanna penale per reato colposo.

Tale tesi non può trovare accoglimento, alla luce del citato art. 651 c.p.p.; del resto, la valutazione della gravità della colpa e della sussistenza del nesso di causalità si rinviene, con ampia motivazione, già in sede penale (pagg. 12-19 della sentenza), nella quale il Pretore conclude in questi termini: *“la causa della mancata previsione dei possibili rischi della prova è da ricercare nella macroscopica sottovalutazione dei problemi relativi alla sicurezza sia da parte dei responsabili della Valsella che da parte di Brandimarte”*, e ancora *“non vi è dubbio, infine, che il comportamento colposo di Brandimarte abbia avuto efficienza causale rispetto al verificarsi dell'infortunio... giacché se Brandimarte avesse agito come si doveva pretendere da lui non avrebbe permesso lo svolgimento dell'esperimento...”*. Si rinviene, nel caso di specie, la mancata osservanza del dovere specifico di adozione di tutte le misure di sicurezza atte a scongiurare danni derivanti dall'eventuale pericolosità dei materiali (utilizzo di attuatori attivabili a distanza con impulso elettrico, dispositivi individuali di sicurezza, occhiali e guanti in maglia d'acciaio).

Alla luce delle sopra esposte considerazioni, non è vi è alcun dubbio in merito al ricorrere di tutti gli elementi soggettivi e oggettivi (il rapporto di servizio, il danno erariale, il nesso di causalità e la condotta gravemente colposa), necessari perché debba essere pronunciata condanna per responsabilità amministrativa.

Per quanto riguarda la quantificazione del danno, si osserva che va ritenuto risarcibile il danno di euro 6.295,15 (per le retribuzioni comunque corrisposte all'infortunato durante l'assenza dal lavoro), in conformità all'orientamento prevalente, anche se non univoco, della giurisprudenza (cfr., *ex multis*: Sezione Valle d'Aosta, n. 2 del 25 febbraio 2008; Sezione Umbria, n. 273 del 4 settembre 2003; Sezione Lazio, n. 1104 dell'8 aprile 2002).

Le tesi svolte dalla difesa del convenuto appaiono fondate relativamente a quanto argomentato in merito alle responsabilità concorrenti, accertate in sede sia penale che civile (del resto, la Marina ha correttamente messo in mora il convenuto, i due ingegneri della Ditta e la Ditta stessa). Ciò comporta la riduzione del danno per concorrenza di altri nella responsabilità, applicando empiricamente quanto risulta dalla transazione in sede civile, per cui a carico dell'odierno convenuto resta il 30% del danno. Non può essere condivisa l'affermazione del Pubblico Ministero, secondo la quale il danno allo Stato va posto interamente a carico del

Brandimarte, che potrà agire in sede di azione di rivalsa nei confronti degli altri responsabili; sarà invece l'Amministrazione a doversi rivalere direttamente sugli altri soggetti.

Va dunque pronunciata la condanna del convenuto per il danno contestatogli, nella misura del 30% di euro 72.586,63 (euro 66.291,48 più euro 6.295,15 per le retribuzioni corrisposte al dipendente assente), che questa Sezione, facendo uso del potere riduttivo conferitole dall'ordinamento, riduce ulteriormente a euro 15.000,00 comprensivi di rivalutazione, in considerazione del *curriculum* dell'interessato.

Sulle somme dovute in esecuzione della presente pronuncia dovranno poi essere corrisposti gli interessi legali, decorrenti dalla data di deposito della sentenza.

La condanna alle spese di giustizia segue la soccombenza.

P.Q.M.

la Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Liguria, definitivamente pronunciando,

Condanna

il sig. Brandimarte Giovanni al pagamento di euro 15.000,00 comprensivi di rivalutazione monetaria; degli interessi legali sul tale somma, con decorrenza dalla data di deposito della presente sentenza; delle spese di giudizio, che fino al deposito della sentenza, si liquidano in euro 217,62 (duecentodiciasette/62).

(... *Omissis*...)

(1-3) Il giudizio contabile: un caso di responsabilità erariale nascente da infortunio sul lavoro.

Sommario: 1. *I profili sostanziali.* - 2. *I profili processuali.*

1. I profili sostanziali.

Con la sentenza in esame la Sezione giurisdizionale per la regione Liguria della Corte dei conti ha riconosciuto responsabile a livello erariale, e, per l'effetto, condannato al risarcimento dei danni, l'amministratore dell'Istituto di chimica degli esplosivi di Maripermann di La Spezia, in relazione ad un infortunio sul lavoro di un dipendente civile del Ministero della Difesa, avvenuto il 13 marzo del 1997, per deflagrazione di un generatore di gas, nel corso di un esperimento condotto per conto della ditta Valsella S.p.a. La quantificazione del danno è stato calcolata sulla base delle prestazioni assicurative di legge, erogate all'infortunato dall'Inail, e poste a carico del Ministero della Difesa(1).

Nel caso in esame la condotta, da cui è derivato il danno erariale, ha contestualmente integrato una fattispecie di reato, giungendo, pertanto, alla cognizione sia del giudice contabile, sia del giudice penale. In tali casi, tuttavia, l'attuale codice di rito prevede, a differenza del vecchio regime che configurava la pregiudizialità necessaria del processo penale(2), una totale autonomia dei due giudizi, che, quindi, “viaggiano” su strade indipendenti(3). Sul punto, la Corte costituzionale ha avuto modo di sottolineare come il nuovo regime in materia di pregiudizialità riveli la volontà del legislatore di consacrare in modo definitivo il principio di parità delle giurisdizioni, accettando, come fisiologico, il rischio di giudicati contrastanti in relazione al medesimo fatto(4). Ne consegue come “la costituzione di parte civile in un processo penale, da parte dell'Amministrazione, non comporta effetti preclusivi dell'azione obbligatoria per danno erariale davanti al giudice contabile ad iniziativa del procuratore regionale”(5). Rimane tuttavia il vin-

colo di giudicato, dal momento che la sentenza penale irrevocabile di condanna pronunciata in seguito a rito abbreviato o dibattimento “ha efficacia di giudicato, quanto all’accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all’affermazione che l’imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo” (art. 651 c.p.p.)(6). Nel caso in commento, tuttavia, il processo penale si era chiuso a seguito di “patteggiamento”, che pur essendo del tutto equiparabile ad una sentenza di condanna(7), non fa stato nel processo contabile. L’applicazione della pena sulla base della richiesta delle parti, comunque presuppone, pur sempre un’ammissione di responsabilità da parte dell’imputato e l’insussistenza di una delle cause di non punibilità, previste dall’art. 129 c.p.p. Di bel nuovo ne consegue un particolare valore probatorio, superabile solo attraverso specifiche prove contrarie(8).

La Sezione giurisdizionale per la regione Liguria della Corte dei conti ha avuto, quindi, buon gioco nel respingere le tesi avanzate dalla difesa del convenuto, che contestava la desumibilità, a partire dalla sentenza di “patteggiamento”, della prova dei restanti elementi, costitutivi della responsabilità erariale, afferenti il nesso causale e l’elemento soggettivo della colpa grave(9). Il giudice contabile, tuttavia, nel motivare la sua decisione, si è spinto oltre nel rinvenire la prova della sussistenza della gravità della colpa e del nesso di causalità, non valutando semplicemente la sentenza penale come un’ammissione di responsabilità da parte dell’imputato, ma attribuendo ad essa efficacia di giudicato nel processo contabile alla luce del disposto dell’art. 651 c.p.p. A questo punto, seppure con una certa forzatura dello stesso art. 651 c.p.p.(10), che di patteggiamento proprio non parla, la Corte, a maggior ragione, ha raggiunto la prova che l’amministratore avesse agito con colpa grave (prova che appare, tra l’altro, essenziale ai fini della configurabilità della responsabilità per danno erariale). Si noti al proposito che la legislazione relativa alla responsabilità amministrativa non prevede forme diversificate di dolo, mentre, fino alla riforma di cui alla legge n. 639(11), operava una distinzione tra diversi gradi di colpa. Il limite minimo della responsabilità amministrativa era quello generale della colpa lieve, e tale regola generale veniva conservata anche nella legge n. 20, recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti(12). Tuttavia, il legislatore in settori sempre più ampi ha operato una riduzione progressiva dell’area di applicazione della responsabilità amministrativa, escludendola allorché ricorra una colpa lieve e non grave. Tale tendenza è stata confermata dalla legge n. 639 che, all’art.3, stabilisce che la responsabilità sussiste solo per fatti ed omissioni commessi con dolo e colpa grave(13).

Anche il nesso di causalità è stato ricostruito dai giudici sulla scorta dell’accertamento penale, in virtù quindi di quegli orientamenti espressi in passato dalla Corte di Cassazione, che facevano coincidere il nesso causale penale con quello civilistico. In realtà, l’accertamento del nesso causale in sede contabile, del tutto plasmato sull’accertamento penale, si muove in controtendenza rispetto alla più recente giurisprudenza di legittimità che ha affermato l’insufficienza in sede civile della elaborazione penalistica in tema di nesso causale(14). Sia la Cassazione, sia la dottrina reputano che la responsabilità civile orbita intorno alla figura del danneggiato, e non dell’autore del reato; che la responsabilità civile è atipica e non tipica come quella penale, e che il criterio di imputazione della responsabilità civile non derivi sempre da una condotta colposa. Tuttavia, tali argomenti sono stati recentemente oggetto di un ridimensionamento da parte della Suprema Corte che a Sezioni Unite, in tema di responsabilità ministeriale, ha affermato

come l’elemento differenziale tra processo penale e processo civile sia la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova “oltre ragionevole dubbio, mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell’evidenza o “del più probabile che non”, stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e dell’equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti”(15). Quindi, nel processo civile, nello schema generale della probabilità come relazione logica, va determinata l’attendibilità dell’ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma.

Nel caso in commento, la Sezione giurisdizionale per la regione Liguria della Corte dei conti ha configurato il nesso causale, semplicemente rilevando come dalla motivazione della sentenza penale emerga una consequenzialità diretta ed immediata tra l’azione colposa e il danno, idonea a fondare la relativa responsabilità amministrativa(16).

Sussiste chiaramente anche l’elemento del rapporto di servizio, data la qualità di direttore dell’istituto, del convenuto, nonché la conseguenza della condotta che (con colpa grave) ha posto in essere: stiamo parlando del danno erariale. Com’è noto l’azione di responsabilità non è proponibile per la semplice inosservanza della legge, essendo indispensabile che questa abbia determinato un danno(17). Il danno stesso può essere diretto se procurato all’Amministrazione in via originaria; ovvero indiretto, se procurato a terzi nei confronti dei quali essa sia obbligata al risarcimento per effetto di sentenze di condanna o accordo transattivo(18). E’, appunto, quest’ultimo il caso in parola: infatti, la quantificazione del danno è riferita per la somma capitale posta a carico del Ministero della Difesa, delle prestazioni assicurative di legge, erogate ed erogande dall’Inail all’infortunato, e per le retribuzioni corrisposte all’infortunato durante l’assenza dal lavoro.(19)

Un ultimo profilo in tema di responsabilità amministrativa, riguarda la sua divisibilità, in quanto le obbligazioni nascenti dalla responsabilità amministrativo-contabile, possono essere frazionate in presenza di più coobbligati, che possono essere via via escussi dalla PA, chiaramente nei limiti della propria personale responsabilità(20). Su questo punto, la Sezione giurisdizionale per la regione Liguria della Corte dei conti ha accolto le tesi della difesa riguardanti la concorrenza di altri soggetti nella responsabilità della verifica dell’evento dannoso, e, per l’effetto, ha ridotto l’ammontare del danno a carico del convenuto, in una percentuale pari al 30%. Opportunamente si argomenta che il danno allo Stato non può essere posto integralmente a carico del convenuto, che potrà agire in sede di azione di rivalsa nei confronti degli altri responsabili, in quanto sarà l’Amministrazione a doversi rivalere.

2. I profili processuali.

Come nel processo penale, anche in quello contabile il Procuratore regionale esercita il suo potere di iniziativa nel giudizio di responsabilità amministrativa, sulla base della notizia di fatti illeciti di cui sia venuto a conoscenza(21). Tale notizia viene valutata dal Procuratore, che in modo del tutto autonomo decide se avviare un’istruttoria, giungendo fino all’instaurazione del giudizio, ovvero procedere, immediatamente o dopo indagini preliminari, all’archiviazione(22). Ove il Procuratore decida di esercitare l’iniziativa nel giudizio contabile, deve notificare un atto di citazione, nei modi previsti dal codice di procedura civile(23). Nel giudizio in questione, l’onere della prova, in virtù del disposto dell’art. 2697 c.c., grava sempre sul Procuratore, il quale dovrà fornire la prova dell’esistenza di tutti gli elementi della fatti-

specie dell'illecito(24). Tra i mezzi istruttori tipici del rito contabile, va evidenziato un istituto nuovo(25) che prevede, come condizione di procedibilità, l'obbligatorio invito da parte del Procuratore regionale, prima di emettere l'atto di citazione in giudizio, al presunto responsabile perché possa fornire le proprie deduzioni o documenti, entro un termine non inferiore a trenta giorni(26). Nello stesso termine il presunto responsabile può chiedere di essere sentito personalmente.

Fra gli altri connotati peculiari di tale giudizio, vi è quello della "sindacatorietà", la quale si traduce nel potere del giudice contabile di determinare in modo del tutto autonomo, al di là delle domande e delle allegazioni delle parti, l'ambito soggettivo ed oggettivo della propria cognizione(27). Tale principio inquisitorio che sembra trasformare il giudice nell'"attore", che ricerca una verità oggettiva, si coniuga con un potere di integrazione dei poteri istruttori del pubblico ministero(28). Tale attività istruttoria del Collegio giudicante, disciplinata dagli articoli 14 e 15 del Regolamento di procedura, si attua attraverso lo strumento dell'ordinanza istruttoria, con cui vengono richiesti atti e documenti, ritenuti necessari al giudizio(29). Nella sentenza in commento, la Sezione giudicante chiarisce che, con ordinanza n. 157 del 15 dicembre 2008, ha richiesto l'acquisizione della documentazione attestante l'esborso della somma posta a carico del Ministero della Difesa dall'Inail, per l'infortunio del lavoratore. Questo modello processuale, di chiara matrice inquisitoria, è, peraltro, stato oggetto di una riflessione da parte della magistratura contabile, circa il permanere della sua legittimità costituzionale, alla luce della novella costituzionale del "giusto processo"(30). Le conclusioni cui è giunta sono peraltro di segno diverso, oscillando tra una affermazione del rispetto del principio di terzietà ed imparzialità del giudice, il cui potere di iniziativa ufficiosa risponderebbe ad un'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale in un processo dalle finalità eminentemente pubblicistiche, e coloro che limitano la libera iniziativa istruttoria del giudice a casi specifici(31). Proprio in relazione a tale profilo peculiare del giudice-attore all'udienza di discussione, il difensore del convenuto ha eccepito l'inammissibilità delle domanda attorea, in quanto viene contestato un danno di maggiore importo, costituendo in tal modo la richiesta della Procura una *mutatio libelli*(32). Parte attrice ha replicato che non vi è stata *mutatio*, ma *emendatio libelli*, dal momento che in materia di prestazioni periodiche, l'unico modo di valutare il danno è la capitalizzazione(33). La Corte ha respinto tale eccezione, in quanto una variazione dell'entità del danno, commisurata nel caso di specie all'entità della rendita, costituisce una precisazione e specificazione che non altera il fatto lesivo, quale accadimento storico che viene fatto valere in giudizio, e deve quindi qualificarsi non come una *mutatio*, bensì come un' *emendatio libelli*(34).

Daniele Ferrari

Note:

- (1) Com'è noto, la responsabilità amministrativa sussiste allorché un soggetto legato con l'ente pubblico da un rapporto di impiego o di servizio determini con dolo o colpa un danno allo stesso. Gli elementi strutturali di tale responsabilità sono il legame con l'Ente, il danno cagionato nell'esercizio delle proprie funzioni e con violazione dei doveri di servizio, il dolo o la colpa come elemento psicologico, nonché un nesso di causalità tra il comportamento del soggetto ed il verificarsi del danno.
- (2) In particolare il giudizio civile o amministrativo, vertente sullo stesso fatto, per cui si stava procedendo anche sul piano penale, doveva essere

sospeso fino alla pronuncia penale irrevocabile, la quale avrebbe poi dispiegato all'interno di esso efficacia di cosa giudicata. Così disponeva l'art. 3 del c.p.p. del 1930, sotto la Rubrica "Rapporti concernenti reati che risultano in procedimenti civili, amministrativi o disciplinari.

(3) Cfr. Corte cost., sent. 14 luglio 2009, n. 217 : " il codice di procedura penale del 1988, introducendo nell'ordinamento il processo penale di tipo accusatorio, ha comportato significativi riflessi sui rapporti tra processo penale ed azione civile, ispirati non più - come accadeva nel previgente sistema processuale penale di tipo inquisitorio- alla prevalenza del processo penale su quello civile ed amministrativo, quanto, piuttosto, alla separazione dei giudizi ed alla indipendenza del giudizio civile ed amministrativo da quello penale". L'unica ipotesi in cui il processo penale sospende l'azione civile (art.75, comma 3, c.p.p.) è quando, l'azione proposta in sede civile, è successiva alla costituzione di parte civile nel processo penale o alla sentenza penale di primo grado.

(4) Così Corte cost., sent. 11 luglio 2003, n. 233, in *Consulta OnLine* (<http://www.giurcost.it>),

(5) Così Corte dei conti, sez. giur. Veneto, 12 marzo 2003, n.296.

(6) Per quanto riguarda gli effetti della sentenza penale irrevocabile di assoluzione sul giudizio contabile, si veda il disposto dell'art. 652 c.p.p.

(7) Cfr. art. 445, comma 1bis, c.p.p., introdotto dall'art. 2 della l. 12 giugno 2003, n.134.

(8) Corte dei conti, sez. I, 6 giugno 2003, n.187; sez. I, 8 luglio 2009, n. 463; sez. II, 15 giugno 2009, n.304; sez. III, 3 luglio 2009, n.243; sez. giur. Lazio, 15 giugno 2009, n. 27.

(9) La difesa del convenuto aveva argomentato che tali elementi dovevano essere valutati in sede contabile in modo autonomo, non essendo mutuabili dal giudicato penale.

(10) Segnatamente l'art. 651 c.p.p. prevede che " *La sentenza penale irrevocabile di condanna pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e dell'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno... La stessa efficacia ha la sentenza irrevocabile di condanna pronunciata a norma dell'art. 442 c.p.p.*"

(11) V. la l. 20 dicembre 1996, n. 639.

(12) L. 14 gennaio 1994, n. 20.

(13) A tal proposito la dottrina ha evidenziato che deve escludersi l'esistenza della responsabilità amministrativa ove ricorra l'ipotesi di incapacità di intendere e di volere, di stato di necessità, di caso fortuito e di forza maggiore. Un'altra ipotesi di esclusione di colpa è quella prevista dall'art. 17 dello Statuto degli impiegati di Stato civile, riguardo agli ordini illegittimi impartiti dal superiore gerarchico.

(14) In giurisprudenza gli orientamenti espressi dalla Cassazione, in tema di nesso causale sono stati tre: 1) Il primo riconnetteva al concetto di nesso causale il criterio delle serie e apprezzabili possibilità di successo della condotta impeditiva omessa (Cass. Pen. Sez. IV, 23 gennaio 1990); b) Il secondo, minoritario, fondato sul criterio della probabilità coincidente o prossima della certezza (si vedano le cd sentenze Battisti, dal nome dell'estensore, Cass, 28 sett. 2000; Cass, 29 sett. 2000; Cass, 28 nov. 2000, tutte in *Riv. proc. pen.*, 2001, 277); c) Il terzo infine, che è andato a risolvere un conflitto giurisprudenziale, si basa sull'elevato grado di credenza razionale. Sul punto si v. la c.d. sentenza Franzese (Cass., SS. UU, n. 30328/2002.

(15) Cfr. Cass. Civ, 11 gennaio 2008, n.581.

(16) Sui rapporti tra responsabilità civile e amministrativa dei pubblici dipendenti e copertura assicurativa, si v. F. Battini, *La copertura assicurativa della responsabilità civile e amministrativa di pubblici dipendenti*, in *Giur. amm.*, 2005.,

(17) L'elemento del danno è costituito da una qualsiasi diminuzione del patrimonio che la PA abbia subito in conseguenza dell'atto illecito del funzionario o agente, con riferimento non solo al danno emergente, ma anche al lucro cessante. Per gli ulteriori profili della responsabilità amministrativa a carico dei pubblici operatori si v. l. 14 gennaio 1994, n.20, e l. 20 dicembre 1996, n. 639.

- (18) Cfr. M. Donno, *Danno erariale*, Edizioni- Milano, 1997, 94 e ss.
- (19) Tradizionalmente nelle pronunce dei giudici contabili è accolta una concezione patrimoniale del danno erariale. In tempi relativamente recenti si è affermato un indirizzo giurisprudenziale secondo il quale la giurisdizione contabile può avere ad oggetto non solo interessi patrimoniali o finanziari immediatamente e direttamente quantificabile, bensì ogni interesse di rilevanza economica della comunità di cui l'ente pubblico sia esponenziale, anche se di difficile o impossibile quantificazione. A tal proposito di interesse è l'ipotesi di danno all'immagine, subito dall'ente, a causa dell'azione illecita dell'amministrazione o del dipendente.
- (20) Tale principio si ritrova nella Legge di contabilità generale dello Stato, all'art. 82, II C., che prevede: "Quando l'azione od omissione è dovuta al fatto di più impiegati ciascuno risponde per la parte che vi ha preso". Chiaramente nel campo civilistico vige il principio opposto, quello cioè della solidarietà dei condebitori.
- (21) Con l'entrata in vigore dell'art. 129.3 del D. L. vo 28.07.1989 n. 271, il Pubblico ministero penale ha l'obbligo di informare la Procura della Corte quando agisce per un reato che ha comportato danno erariale. Riguardano poi l'esercizio dell'azione di responsabilità da parte del Procuratore regionale le disposizioni normative (art. 53 del T.U. 12.07.1934 n. 1214; art. 83 del R.D. 18.11.1923 n.2440; art. 20 del T.U. 10.01.1957 n.3) che pongono, nell'ambito dell'impiego statale, un obbligo di denuncia a carico dei direttori generali, dei capi servizio, dell'ispettore e del ministro. In senso analogo dispone per gli amministratori e i capi degli uffici della Regione l'art. 32 della Legge 19.05.1976, n. 535, che individua il soggetto tenuto all'obbligo di denuncia nell'organo collegiale di appartenenza, quando il fatto dannoso è imputabile ad un amministratore. Le disposizioni citate, oltre a prevedere l'obbligo di denuncia, sanciscono anche la responsabilità dei soggetti obbligati in caso di loro inadempimento dovuto a dolo o colpa grave.
- (22) Importante è sottolineare, come tale potere di archiviazione non sia sottoposto al controllo di alcun giudice, come invece avviene nel settore penale. Per contro l'archiviazione, non avendo carattere di pronuncia giurisdizionale, non costituisce cosa giudicata e non preclude il successivo esercizio dell'azione di responsabilità.
- (23) Prima della notifica la citazione è trasmessa al Presidente della Sezione che, con suo decreto apposto in calce all'atto, fissa la data dell'udienza di discussione del giudizio, nonché il termine entro cui le parti possono costituirsi, prendere visione degli atti e presentare memorie.
- (24) Sul ruolo del pubblico ministero presso le giurisdizioni speciali, si rinvia a P. Costanzo, "Il pubblico ministero presso le giurisdizioni speciali nell'ordinamento costituzionale italiano", in *Consulta OnLine* (<http://www.giurcost.org/studi/CostanzoLaCoruna.htm>.)
- (25) Previsto dall'art. 5 del D.L. n. 453/1993 e ridisciplinato dall'art. 1 della legge 639.
- (26) L'art. 15 del relativo Regolamento di procedura prevede inoltre mezzi istruttori ulteriori e più ampi quali, oltre all'assunzione di testimonianze, anche " gli altri mezzi istruttori che crederà del caso" Quindi non frequentemente (ed è il caso della sentenza in commento), vengono assunti agli atti del processo contabile anche prove o statuizioni provenienti da altri giudizi.
- (27) Per quanto riguarda l'attività istruttoria nel processo, a norma dell'art. 26 del Regolamento di procedura, approvato col R.D. 13.08.1993 n.1038, si applicano le norme e i termini previsti dalla procedura civile. Tuttavia il processo contabile si differenzia da quello civile per la mancanza di una distinta fase istruttoria. In particolare art. 73- 74 del T.U. delle leggi sulla Corte dei conti, 12.07.1934, n.1214, e 14- 15 del Regolamento di procedura.
- (28) I poteri dell'autorità requirente sono molto ampi, e vanno dall'esibizione di documenti, al loro sequestro, alle audizioni personali, fino ad arrivare a perizie e consulenze.
- (29) L'ordinanza ha come destinatario il Procuratore, che deve rivolgersi direttamente all'amministrazione, fissando un termine, non perentorio, per la trasmissione delle prove indicate nell'ordinanza.

(30) Da sottolineare è come il " potere sindacatorio" non rappresenti l'unico elemento che nuoce alla neutralità del giudice contabile, in quanto, poiché la Costituzione attribuisce alla Corte dei conti sia funzioni di controllo (art.100, comma 2), sia funzioni giurisdizionali (art.103, comma 2), può accadere che taluno dei magistrati che compongono l'organo giudicante abbia, nell'esercizio delle prime, già conosciuto dei fatti e delle circostanze sui quali verte il giudizio di responsabilità.

(31) Ad esempio si è così affermato che l'integrazione del contraddittorio debba essere disposta solamente nei casi di litisconsorzio necessario, mentre in tutti gli altri casi assumono preminente rilievo l'impostazione e l'ambito introduttivo del giudizio, nei suoi elementi del *petitum* e della *causa petendi*. In tema di litisconsorzio necessario in materia contabile, Corte dei Conti, sez. II, 18 luglio 2002, n.258; Corte dei Conti, sez. II, 20 marzo 2006, n.126.

(32) In particolare la percentuale di invalidità, valutata dapprima nel 13% dall'Inail, è stata successivamente portata al 18%.

(33) Sul punto B. Mattarella, *La gestione dell'Inail negli esercizi 2006-2007*, in *Guida al diritto amministrativo*, 2009,

(34) Tradizionalmente la distinzione tra le due fattispecie (*mutatio ed emendatio*) si fonda sulla variazione o meno del fatto costitutivo posto a base della domanda, fermi restando i soggetti del rapporto processuale. Invero, si sono affermate nel panorama dottrinale due impostazioni al riguardo. La prima, detta della "individuazione", allo scopo identificativo, richiede "la sola indicazione del fondamento e della ragione dell'azione", ossia l'indicazione del rapporto giuridico affermato dall'attore, con la conseguenza che il mutare dei fatti non comporta mutamento della *causa petendi*. La seconda, definita della "sostanziazione", richiede "l'indicazione del fatto costitutivo del diritto che si fa valere". Ciò che rileva, in questo caso, è quindi la "allegazione dei fatti costitutivi, con la conseguenza che il mutare del rapporto giuridico non comporta mutamento della domanda". Nel caso proposto tuttavia non vi è stata *mutatio*, ma *emendatio libelli*, proprio perché gli elementi identificativi dell'azione sono rimasti gli stessi (*petitum* e *causa petendi*), alla luce di una semplice rettifica dell'importo del danno.

T.A.R. Liguria, sez. I, 6 febbraio 2010, n. 300 - Pres. Balba - Est. Peruggia - L. Acquarone ed altri (Avv.ti Anselmi e Maoli) c. Comune di Genova (Avv.ti Prof. Uckmar, Balzani, Odone e Pessagno) e Azienda Municipalizzata Igiene Urbana (A.M.I.U.) di Genova.

GIURISDIZIONE amministrativa - impugnazione di atto amministrativo con portata generale - sentenza di annullamento - effetto di giudicato sostanziale - ampiezza del giudicato - motivi proposti ed accolti.

(Art. 2909 c.c.)

GIURISDIZIONE amministrativa - impugnazione di atto amministrativo con portata generale - sentenza di annullamento - effetto di giudicato sostanziale - estensione soggettiva ultra partes - improcedibilità per carenza d'interesse di nuovi ricorsi avverso il medesimo atto.

(Art. 2909 c.c.)

Solo la pronuncia di accoglimento della domanda di annullamento può acquisire lo stato del giudicato e soltanto quanto ai motivi proposti ed accolti. (1)

La sentenza di annullamento di un atto generale incidente su di una molteplicità di soggetti estende i propri effetti ultra partes, con la conseguenza che il ricorso proposto per motivi sovrapponibili a

quelli che hanno fondato il giudicato deve essere dichiarato improcedibile per la carenza di interesse in capo ai ricorrenti. (2)

(... *Omissis*...) **Fatto e diritto**

L'avvocato professor Lorenzo Acquarone ed altri tredici litisconsorti espongono di esercitare la professione di avvocato con studio nel comune di Genova, e si ritengono lesi dalla determinazione 26.2.2004, n. 145 con cui la giunta ha adottato la tariffa relativa alla tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani per il 2004, per cui hanno notificato l'atto 17.5.2004, depositato il 25.5.2004, con cui denunciano:

Illegittimità derivata per illegittimità del regolamento comunale:

- violazione degli artt. 65 e 68 del d.lvo 15.11.1993, n. 507, eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione;
- violazione degli artt. 2, 4 e 5 del d.lvo 5.2.1997, n. 22, dei principi generali in materia di gestione dei rifiuti, eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà intrinseca, difetto di istruttoria e di motivazione;
- violazione degli artt. 65 e 68 del d.lvo 15.11.1993, n. 507, eccesso di potere per disparità di trattamento, illogicità, difetto di istruttoria e di motivazione;
- violazione dell'art. 61 del d.lvo 15.11.1993, n. 507, eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà con precedente provvedimento e difetto di istruttoria.

Illegittimità impropria:

- violazione degli artt. 49 del d.lvo 5.2.1997, n. 22 e 68 del d.lvo 15.11.1993, n. 507, eccesso di potere per errore sui presupposti di diritto, illogicità, disparità di trattamento, sviamento, difetto di istruttoria;
- violazione degli artt. 65, 68 e 69 del d.lvo 15.11.1993, n. 507, eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione;
- violazione degli artt. 65, 68 e 69 del d.lvo 15.11.1993, n. 507, eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, travisamento, errore sui presupposti;
- violazione degli artt. 65, 68 e 69 del d.lvo 15.11.1993, n. 507, eccesso di potere per travisamento, errore sui presupposti, illogicità, sviamento, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione;
- violazione degli artt. 65, 68 e 69 del d.lvo 15.11.1993, n. 507, eccesso di potere per travisamento, errore sui presupposti, illogicità, sviamento, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione;
- violazione degli artt. 61 e 69 del d.lvo 15.11.1993, n. 507, eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.

Il comune di Genova si è costituito in giudizio con atto depositato il 9.11.2004, con cui ha chiesto respingersi la domanda, ed ha depositato una memoria il 17.6.2005

Le parti hanno depositato documenti e distinte memorie difensive.

Gli interessati espongono di esercitare la professione di avvocato nel comune di Genova, e si ritengono lesi dalla determinazione con cui la giunta comunale ha disposto sulle modalità di quantificazione della tassa dovuta per lo smaltimento dei rifiuti urbani per il 2004. L'atto in questione ha dato esecuzione al regolamento comunale per l'applicazione del tributo.

Il tribunale reputa il ricorso improcedibile, essendo occorso

un evento successivo alla sua proposizione che ha fatto venir meno l'interesse dei ricorrenti alla decisione.

È infatti impugnato un atto dal contenuto generale con cui il comune di Genova ha provveduto per l'applicazione del tributo in questione: la delibera ha disposto sulla determinazione del gravame a tutte le categorie individuate, e in particolare si è soffermata a valutare quale dovesse essere la contribuzione degli esercenti la professione legale all'onere pubblico di che si tratta.

Parallelamente altri legali genovesi avevano adito questo tribunale per impugnare il medesimo atto, ottenendo la sentenza 13.9.2005, n. 1179/2005 che aveva annullato l'atto qui gravato. L'amministrazione comunale ha appellato la pronuncia, ma il consiglio di Stato ha depositato la decisione 25.9.2009, n. 5034, con cui ha tra l'altro respinto l'appello principale.

Vengono pertanto in questione i principi da tempo accolti a proposito dell'estensione del giudicato.

Per quel che riguarda il diritto amministrativo si considera usualmente, pur con eccezioni che non rilevano nella specie, che solo la pronuncia di accoglimento possa acquisire lo stato del giudicato, e che l'accertamento di cui all'art. 2909 cod. civ. sia da ricollegare ai motivi proposti ed accolti.

In ordine poi all'estensione soggettiva della sentenza inopugnabile si rileva che la limitazione desumibile dalla norma codicistica ora menzionata va tenuta ferma anche nella materia di che si tratta sia pur con talune eccezioni, una delle quali è costituita dalla possibilità di avvalersi della pronuncia favorevole conseguita da altri, allorché si versi nella situazione di molti soggetti incisi da un unico atto generale. Tale è a ben vedere il caso oggetto del presente contenzioso, per la decisione del quale si deve adottare un principio divergente da quello accolto dalla problematica norma dettata dall'art. 1306 cod. civ., rilevando che l'annullamento di un atto generale per motivi sovrapponibili a quelli dedotti in questa lite (la commisurazione del tributo per i rifiuti prodotti nel 2004 da coloro che svolgono la professione di avvocato nel comune di Genova) deve giovare anche agli attuali ricorrenti. Essi infatti non potranno più vedersi applicato il regime giuridico contestato, proprio in forza dell'effetto espansivo derivante dalla ricordata pronuncia del consiglio di Stato.

Deve conclusivamente osservarsi che i ricorrenti non hanno più interesse alla pronuncia richiesta in questa sede, atteso che l'atto impugnato ha perduto l'efficacia lesiva denunciata. Le spese vanno non di meno liquidate in favore dei ricorrenti, atteso che la presente statuizione ha natura formalmente processuale, ma in realtà esplica effetti di merito in loro favore. L'onere di lite è liquidato equitativamente in dispositivo, tenendo conto del valore della causa, della qualità delle parti e della ragione per cui la controversia è stata definita.

P.Q.M.

Dichiara improcedibile il ricorso

Condanna il comune di Genova al pagamento delle spese di lite sostenute dai ricorrenti, che liquida in complessivi euro 4.000 (quattromila/00), oltre ad iva e cpa.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. (... *Omissis*...)

(1-2) Il giudicato amministrativo ed i suoi limiti oggettivi e soggettivi al vaglio del T.A.R. Liguria.

Sommario: 1. *Il fatto.* - 2. *Il giudicato formale e sostanziale.* - 3. *Il dedotto e deducibile.* - 4. *Gli effetti del giudicato.* - 5. *I limiti soggettivi al giudicato.*

1. Il fatto.

La sentenza in commento nasce dall'impugnazione della determinazione della Giunta Comunale genovese 26 febbraio 2004, n. 145 che, in esecuzione al regolamento comunale per l'applicazione del tributo, ha adottato la tariffa relativa alla tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani per l'anno 2004.

Il ricorso è stato presentato da alcuni avvocati del foro di Genova che lamentavano l'illegittimità della quantificazione *ad hoc* dell'onere a carico dei legali con studio nel territorio comunale, contenuta nella gravata deliberazione.

Il Giudice Amministrativo non ha, però, analizzato i motivi di merito dedotti dai ricorrenti, dichiarando invece l'improcedibilità del ricorso, in ragione dell'esistenza di un precedente giudicato.

Infatti, *nelle more* del giudizio, su ricorso di altri avvocati del foro, è stata pronunciata la sentenza 13 settembre 2005, n. 1179(1), con la quale il T.A.R. Liguria ha annullato la medesima determinazione 26 febbraio 2004, n. 145.

Tale pronuncia è stata poi confermata dal Consiglio di Stato in appello, con la sentenza 25 settembre 2009, n. 5034(2).

Il Tribunale Amministrativo ha pertanto optato per l'estensione del giudicato formatosi in seguito alla richiamata pronuncia d'appello al giudizio in corso, uniformandosi alla costante giurisprudenza amministrativa sul tema(3).

Questa sentenza offre interessanti spunti per una seppur breve analisi del concetto di giudicato amministrativo, con particolare riguardo al mai sopito dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui connessi limiti oggettivi e soggettivi.

2. Il giudicato formale e sostanziale.

La mancanza di disposizioni relative al concetto di giudicato(4) ed ai connessi effetti oggettivi e soggettivi nella stratificata disciplina del processo amministrativo ha comportato, seppur con qualche iniziale oscillazione, la pacifica applicazione dei principi generali vigenti in campo processual-civile e, pertanto, dei concetti di giudicato formale e sostanziale introdotti dagli artt. 324 c.p.c.(5) e 2909 c.c.(6).

La sentenza del giudice amministrativo, acquista pertanto valore di giudicato formale, divenendo così intangibile, quando non siano più esperibili mezzi di impugnazione ordinaria quali l'appello, il ricorso per motivi di giurisdizione presso la Suprema Corte di Cassazione e la revocazione ordinaria prevista dall'art. 395, n. 4 e 5, c.p.c.(7).

Sono idonee a formare oggetto di giudicato formale tutte le statuizioni, pregiudiziali, preliminari (sulla giurisdizione, la competenza, l'ammissibilità, la ricevibilità e la procedibilità) e di merito contenute nella sentenza, mentre non acquistano tale definitività gli *obiter dicta*, ovvero le pronunce interlocutorie, istruttorie o che decidono sull'istanza di ricasazione, riunione dei giudizi o integrazione del contraddittorio, in quanto prive di carattere decisorio (8).

Il giudicato sostanziale comporta, invece, l'indiscutibilità della statuizione giudiziale contenuta nella sentenza che, introducendo una nuova regolamentazione del rapporto, pone un vincolo al successivo agire dell'Amministrazione.

A differenza del giudicato formale, quello sostanziale cade esclusivamente sulle questioni proposte in via principale, mentre le questioni pregiudiziali e di carattere processuale, esauriscono i propri effetti all'interno del processo nel quale sono sorte(9).

3. Il dedotto e deducibile.

Corollario del giudicato in sede civile è il principio secondo cui la pronuncia del giudice copre il dedotto ed il deducibile, impedendo di porre nuovamente in discussione la sentenza attraverso

la proposizione di nuovi motivi od eccezioni non dedotti, seppur deducibili, in precedenza.

Parallelamente, tale fondamentale assunto comporta che l'insorgere di nuovi elementi in grado di innovare la fattispecie non permetta il travolgimento della pronuncia, se non attraverso mezzi di impugnazione straordinari, quali la revocazione straordinaria e l'opposizione di terzo.

Dal punto di vista sostanziale, tale principio riceve, nel processo amministrativo, applicazioni difformi in ragione della situazione giuridica oggetto di giudizio: la giurisdizione esclusiva sui diritti soggettivi segue, in genere, la regola civilistica(10), mentre risulta più complessa l'applicazione di tale principio al giudizio di legittimità a tutela di interessi legittimi(11).

In quest'ultimo caso, infatti, il giudicato avrebbe come unico oggetto la legittimità dell'atto impugnato e, pertanto, sarebbe riferibile soltanto ai vizi fatti valere nel ricorso, senza possibilità alcuna di condizionare il futuro esercizio del potere amministrativo da parte dell'ente pubblico(12): eventuali contestazioni in materia dovrebbero pertanto essere oggetto di un nuovo giudizio di legittimità, ove non fosse ancora spirato il termine di decadenza(13).

Si è recentemente espresso sul punto il Consiglio di Stato, che ha ritenuto che «nel giudizio di impugnazione favorevolmente conclusosi per il ricorrente il giudicato si forma con esclusivo riferimento ai vizi dell'atto ritenuti dal giudice sussistenti alla stregua dei motivi dedotti nel ricorso, non essendo in toto applicabile alla giurisdizione degli interessi il principio secondo il quale la pronuncia definitiva del giudice copre il dedotto e il deducibile»(14). Precisa inoltre il giudice d'appello che «d'altro canto, anche nell'ambito della giurisdizione esclusiva il giudicato sul rapporto controverso, se è vero che si estende, oltre che sulle questioni effettivamente proposte in giudizio (dedotto), anche su quelle deducibili in via di azione ed eccezione (deducibile), è altresì vero che tale estensione opera in relazione alle questioni che costituiscono precedenti logici essenziali e necessari alla pronuncia».

Ad una soluzione analoga conduce, secondo l'attuale giurisprudenza del Consiglio di Stato, la dichiarazione di infondatezza della questione, in quanto preclusiva della proposizione di un nuovo ricorso avente ad oggetto il medesimo atto, seppur relativo a motivi nuovi e diversi rispetto a quelli già dedotti(15).

4. Gli effetti del giudicato.

Il giudicato amministrativo presenta tre diversi tipi di effetto: caducatorio, conformativo e ripristinatorio(16).

Parte della dottrina ravvisa una quarta categoria di effetti: quelli preclusivi(17), che comportano l'impossibilità per l'Amministrazione di riproporre l'atto con i medesimi vizi che ne hanno causato la dichiarazione di illegittimità da parte del giudice amministrativo(18).

L'effetto caducatorio, o demolitorio, attiene alla *vis* attiva del giudicato ed ha carattere costitutivo, in quanto comporta l'eliminazione *ex tunc* dell'atto impugnato dall'ordinamento, in ragione della riscontrata illegittimità. Ciò comporta la necessità che l'interprete agisca come se l'atto non fosse mai stato introdotto nel sistema giuridico.

Esso opera in modo automatico, indipendentemente da qualsivoglia collaborazione da parte dell'Amministrazione e rappresenta la principale conseguenza delle pronunce di annullamento del giudice amministrativo(19).

Nei giudizi aventi ad oggetto un interesse pretensivo del privato, all'effetto demolitorio si affianca quello conformativo, attraverso il quale il collegio indica all'Amministrazione soccombente la regola di diritto alla quale dovrà adeguarsi nel futuro esercizio del

proprio potere autoritativo, assicurando in questo modo una reale ed effettiva tutela giurisdizionale(20).

Come sottolineato dalla dottrina(21), però, l'effetto demolitorio e conformativo non hanno alcuna efficacia sugli effetti materiali prodotti dal provvedimento illegittimo *nelle more* della sua eliminazione, i quali, pertanto, in carenza di un'apposita statuizione del giudice amministrativo in materia, mantengono inalterata la propria valenza: proprio a tale scopo è stato elaborato il cosiddetto effetto ripristinatorio del giudizio di legittimità che, come sottolineato dal Consiglio di Stato, risponde all'«esigenza di riequilibrare gli effetti prodotti dal provvedimento prima del suo annullamento», eliminandoli al fine di non contraddire l'efficacia *ex tunc* della pronuncia caducatoria (22).

L'effetto ripristinatorio diviene, pertanto, indispensabile corollario della sentenza di annullamento ogniqualvolta l'atto amministrativo impugnato abbia già prodotto i propri effetti negativi, ledendo la sfera giuridica del privato (si pensi, a titolo di esempio, all'avvenuta demolizione di un immobile del privato, al demansionamento od al licenziamento di un pubblico dipendente, alla revoca del porto d'armi, ecc...).

5. I limiti soggettivi al giudicato.

L'individuazione dei limiti soggettivi al giudicato amministrativo è resa estremamente difficoltosa dalla natura stessa del giudizio di impugnazione degli atti amministrativi.

Mentre, infatti, il giudizio civile verte generalmente sul rapporto, quello amministrativo di annullamento si configura, nella maggior parte dei casi, come sindacato sulla legittimità dell'atto, spesso a portata generale e, pertanto, produttivo di effetti nei confronti di una pluralità di soggetti.

Proprio tale caratteristica ha spinto la dottrina e la giurisprudenza ad interrogarsi sulla problematica questione dell'estensibilità degli effetti della pronuncia di annullamento a soggetti estranei al giudizio, ma ugualmente incisi dall'atto impugnato.

Con particolare riguardo alla disciplina positiva, deve rimarcarsi la carenza nel diritto amministrativo di previsioni relative agli effetti soggettivi del giudicato, con la conseguente inapplicabilità delle eccezioni alla regola generale introdotte nel diritto civile dagli artt. 1306 e 2377 c.c., in ragione della loro specialità(23). La giurisprudenza ha, pertanto, ricostruito in via pretoria i limiti all'estensibilità degli effetti del giudicato amministrativo per gli atti produttivi di effetti nei confronti di una pluralità di soggetti, elaborando la distinzione tra atto collettivo, indivisibile, ed atto plurimo, divisibile(24).

I primi si riferiscono in modo unitario ad una pluralità di soggetti e le vicende dell'atto si riverberano irrimediabilmente con la medesima intensità su tutti i destinatari.

Esempi di atto collettivo sono, sicuramente, i regolamenti e gli atti amministrativi a contenuto generale, come i decreti di fissazione di prezzi e tariffe.

Diversamente, gli atti plurimi possono essere scomposti in tanti atti quanti sono i destinatari, con il conseguente effetto esclusivamente *inter partes* delle impugnazioni proposte(25).

Tale distinzione si pone a fondamento della sentenza in commento, nella quale il T.A.R. Liguria, allineandosi alla copiosa giurisprudenza amministrativa sul punto(26), ha riconosciuto la generale valenza della limitazione soggettiva desumibile dall'art. 2909 c.c., che vede come unica eccezione la contemporanea incisione di molti soggetti da parte di un «unico atto generale», con la conseguente estensione del giudicato favorevole già conseguito da altri.

L'elaborazione giurisprudenziale sul punto ha, però, introdotto un ulteriore correttivo, in ragione degli effetti prodotti dal giudicato, dal quale non sembrerebbe discostarsi il T.A.R. Liguria

nella pronuncia in commento: l'estensione *ultra partes*, o addirittura *erga omnes* in caso di atti a natura regolamentare, opererebbe infatti con esclusivo riferimento agli effetti caducatori, non potendosi applicare ai non ricorrenti gli ulteriori effetti propri del giudicato amministrativo, in quanto inscindibilmente legati alla peculiarità del rapporto posto alla base della controversia tra il privato e l'amministrazione(27).

Autorevole dottrina si è spinta oltre, ritenendo che non si sviluppino in questo caso effetti *erga omnes* del giudicato ma che la semplice scomparsa dall'ordinamento dell'atto impugnato comporti inevitabili effetti materiali nei confronti dei terzi (rispetto al giudizio) che, però, non sarebbero in alcun modo vincolati dagli accertamenti contenuti nella sentenza(28).

L'annullamento dell'atto da parte del giudice amministrativo, in ossequio a tale impostazione, opererebbe come un «qualsiasi fatto di annullamento»(29), quale, ad esempio, quello operato in sede di controllo successivo di autotutela.

Tale ultima ricostruzione interpretativa risulta difficilmente condivisibile, in quanto riduce una pronuncia giurisdizionale, oggetto di giudicato formale ai sensi dell'art. 324 c.p.c. ad un mero fatto giuridico, svilendo così la sua forza negativa-preclusiva, che sola impedisce all'Amministrazione di approvare un atto del medesimo tenore ed affetto dai medesimi vizi.

Sembra invece maggiormente condivisibile la soluzione adottata dal T.A.R. Liguria con la pronuncia in commento che ha il pregio di evitare l'irragionevole trattamento discriminatorio di situazioni giuridiche identiche (quella dei precedenti e degli attuali ricorrenti), rimarcando nel contempo la forza di giudicato delle precedenti pronunce.

Francesca Paderno

Note:

(1) Pubblicata in www.giustizia-amministrativa.it.

(2) *Ibidem*.

(3) Cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, Sez. I, n. 16728/2004 e Cons. Stato, Sez. IV, n. 2754/2004.

(4) Si veda sul generale concetto di giudicato amministrativo, F. Benvenuti, *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Giuffrè, 1969, 904.

(5) Art. 324 c.p.c.: «(Cosa giudicata formale). Si intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395».

(6) Art. 2909 c.c.: «(Cosa giudicata). L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa».

(7) L'applicazione del concetto civilistico di giudicato formale al processo amministrativo ha avuto importanti ripercussioni sulla disciplina delle impugnazioni e della legittimazione a proporle ma, soprattutto, sull'esperibilità del giudizio di ottemperanza delle pronunce amministrative. Dopo un'iniziale indecisione sul tema, infatti, la giurisprudenza del Consiglio di Stato è oggi pacifica nel ritenere necessaria la formazione del giudicato formale ai fini dell'esperimento del giudizio di ottemperanza: l'Adunanza Plenaria, con la sentenza 19 maggio 1997, n. 9, in *Foro Amm.*, 1997, 1357, ha definitivamente statuito che «ai sensi del combinato disposto degli art. 33 e 37, l. Tar, l'ambito dell'esecutività delle decisioni, in primo grado o in appello, non coincide con quello del giudizio di ottemperanza, potendo quest'ultimo condurre all'inserimento della determinazione concreta del giudice amministrativo nel contesto amministrativo; ne consegue che la esperibilità del giudizio di ottemperanza è subordinata al massimo grado di certezza, data dal passaggio in giudicato (formale) della decisione, ai sensi dell'art.

324, c.p.c.» (non essendovi peraltro nel processo amministrativo nozione diversa di giudicato formale). Così pronunciandosi il Consiglio di Stato si è uniformato alla costante giurisprudenza civile sul punto, che già da un ventennio riteneva la formazione del giudicato formale ex art. 324 c.p.c. requisito necessario ed imprescindibile (Cfr. SS. UU., 7 novembre 1973, n. 2897 e SS. UU., 18 settembre 1970, n. 1563).

(8) Cfr. sul punto F. Caringella, *Il giudicato*, in *Manuale di Diritto Processuale Amministrativo*, a cura di F. Caringella, R. De Nictolis e V. Poli, Dike, 2009, 750-1.

(9) Fa eccezione, come sottolinea R. Juso, la declaratoria di inammissibilità fondata su di una causa costituente presupposto logico ed indispensabile della soluzione giurisdizionale. Cfr. sul punto R. Juso, *Lineamenti di Giustizia Amministrativa*, Quarta Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2008, 505.

(10) Il principio secondo il quale il giudicato copre il dedotto ed il deducibile dispiega effetti non solo in materia di impugnazioni ma, anche, nel giudizio di ottemperanza. La più risalente dottrina ne ammetteva la proponibilità soltanto in presenza del carattere «necessario, immediato ed attuale» della consequenzialità tra il giudicato e l'obbligo dell'amministrazione (A. M. Sandulli, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, 432). Tale impostazione trova ancora oggi riscontro nella giurisprudenza: cfr. tra le più risalenti pronunce Cons. Stato, Sez. IV, 14 settembre 1984, n. 678 e Cons. Stato, Sez. IV, 27 agosto 1998, n. 1137 e da ultimo Cons. Stato, Sez. VI, 8 settembre 2008, n. 4288, *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 9, 2435; Cons. Stato, Sez. VI, 17 febbraio 2009, n. 873, in *Guida al Dir.*, 2009, 11, 77 e Cons. Stato, Sez. IV, 26 marzo 2010, n. 1765, in *Red. amm. C.d.S.*, 2010, 3, secondo il quale «l'ottemperanza al giudicato è da considerarsi conclusa con il soddisfacimento dell'interesse azionato in sede giurisdizionale, atteso che l'esatto adempimento dell'obbligo imposto con la sentenza postula l'adozione di provvedimenti diretti a definire la situazione alla quale la decisione si riferisce, non anche il riconoscimento di ulteriori interessi pretensivi non determinati dalla sentenza».

Cfr. in dottrina R. Juso, *op. cit.*, 504; Clarich M., *Il giudicato*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, a cura di Sandulli A., Giuffrè, Milano, 2007, 302-3 e Travi A., *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 4, 928. Cfr. *contra* E. Casetta, *Compendio di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, 2009, 495.

Si veda, però, in prospettiva di parziale apertura, Cons. Stato, Sez. VI, 23 febbraio 2010, n. 1075, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 2, 410, che, disponendo l'ottemperanza della precedente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 6229/2005 stabilisce che «interessi legali e rivalutazione monetaria dei crediti retributivi, ai sensi dell'articolo 429 c.p.c., costituiscono strumenti di determinazione del petitum originario, trattandosi di accessori che afferiscono alla somma capitale e ne costituiscono un naturale elemento, sicché essi possono farsi valere, come derivanti da intrinseca o implicita pronuncia favorevole, anche in sede di esecuzione di giudicato».

(11) Cfr. più diffusamente sul punto Clarich M., *op. cit.*, 301, e Travi A., *op. cit.*, 912.

(12) Cfr. Cons. Stato, Ad., plen., 22 dicembre 1982, n. 19.

(13) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3027; T.A.R. Sicilia, Catania, 22 ottobre 1996, n. 1844; T.R.G.A. Trento, 9 marzo 1989, n. 62; T.A.R. Lombardia, Brescia, 2 febbraio 1982, n. 56.

(14) Così Cons. Stato, sez. V, 9 aprile 2010, n. 2001, in *Red. amm. C.d.S.*, 2010, 4. Cfr. inoltre, nello stesso senso, Cons. St., Sez. IV, 31 marzo 2009 n. 2023.

(15) Cfr. in questo senso Cons. Stato, Sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1453. In dottrina, cfr. R. Juso, *op. cit.*, 508 e *contra*, E. Casetta, *op. cit.*, 495 ed A. Travi, *op. cit.*, 929-31, secondo il quale nelle pronunce giurisprudenziali che hanno ritenuto inammissibile un secondo ricorso sul medesimo atto, il vero elemento decisivo sarebbe stata la sopraggiunta tardività del gravame; inoltre tale soluzione giurisprudenziale non convincerebbe, secondo l'Autore, perché «in primo luogo assegna al giudi-

cato una portata differente «*secundum eventum litis*», in assenza però di qualsiasi fondamento normativo. In secondo luogo sembra alludere a una sorta di «consumazione dell'azione» di annullamento che non trova alcun riscontro nella disciplina del processo amministrativo; che non trova neppure fondamento nelle disposizioni generali sul processo civile; che infine sembra estranea all'impugnazione di provvedimenti, rispetto alla quale analoghe esigenze sono rappresentate, ma sono attuate nella previsione di un termine di decadenza. (...) la decadenza, però, non corrisponde a un giudicato materiale. Pertanto, se il secondo ricorso sia stato proposto tempestivamente per un vizio diverso, a differenza di quanto sostenuto dalla giurisprudenza non mi sembra opponibile il giudicato formatosi sul primo ricorso».

(16) Cfr. più diffusamente sul punto F. Satta, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 302 e A. Cassatella, *Effetti dell'annullamento giurisdizionale e giudizio di ottemperanza*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2008, 5, 528.

(17) Cfr. in tal senso F. Caringella, *op. cit.*, 755. Cfr. inoltre sul punto F. Benvenuti, *op. cit.*, 892 ss., che ritiene l'effetto preclusivo del giudicato operante anche e soprattutto nei confronti del giudice decidente, come fondamento della consunzione del potere di giudicare nuovamente la medesima controversia, effetto peraltro proprio del giudicato formale.

(18) Tale previsione di origine pretoria è stata recepita dall'art. 21-septies della legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 14, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15. La disposizione prevede infatti la nullità dell'atto amministrativo «adottato in violazione o elusione del giudicato»: cfr. sul punto Cons. Stato, Sez. IV, 31 dicembre 2009, n. 9296, secondo il quale «il vizio di violazione o elusione del giudicato, quale sanzionato dall'art. 21 septies, l. 7 agosto 1990 n. 241, è ravvisabile non solo laddove dal giudicato siano ricavabili statuizioni analitiche e puntuali, tali da escludere o ridurre significativamente la discrezionalità dell'Amministrazione nella rinnovazione della propria attività, ma anche nell'ipotesi in cui l'Amministrazione, pur disponendo di un ampio margine di discrezionalità in sede di esecuzione del giudicato, ne faccia uso in modo da riprodurre invariati i medesimi vizi di legittimità già definitivamente accertati nel pregresso giudizio, risultando ininfluenti agli effetti della riscontrata elusione del giudicato che, attesa la natura oggettiva del vizio de quo, tale pedissequa riproposizione dei vizi già denunciati sia dovuta a consapevole volontà di violare o eludere il giudicato ovvero a mero fraintendimento dei suoi contenuti».

(19) In caso di annullamento di atti ablativi o di ordini, l'unico effetto che produce la sentenza è, generalmente, quello demolitorio. Si pensi, ad esempio, ad un atto di esproprio o all'ordine di demolizione di una costruzione emanati senza i necessari requisiti: la loro semplice eliminazione dall'ordinamento comporta, oltre alla difesa della legittimità del sistema giuridico, il pieno soddisfacimento della pretesa del privato.

(20) Ad esempio, l'effetto conformativo può comportare l'obbligo di ammettere un concorrente estromesso alla gara, con l'obbligo di ripetere l'intera procedura di aggiudicazione: cfr. in questo senso Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2007, n. 1192.

(21) A. Cassatella, *op. cit.*, 531. A parere dell'Autore, l'effetto ripristinatorio conferirebbe, pertanto, «concretezza materiale alla efficacia retroattiva dell'annullamento giurisdizionale, che, in forza del mero effetto demolitorio, opera su un piano puramente astratto».

(22) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 16 ottobre 2007, n. 5409, in *Giornale Dir. Amm.*, 2008, 5, 528, con commento di A. Cassatella.

(23) L'art. 1306 c.c., in tema di rapporti obbligatori tra una pluralità di soggetti, prevede l'estensibilità del giudicato pronunciato in favore di uno solo di essi, alle altre parti, fatte salve le eccezioni personali che queste possono in ogni caso addurre, mentre l'art. 2377 c.c., in materia societaria, stabilisce che l'annullamento delle deliberazioni dell'assemblea dei soci di S.p.A. produca effetti nei confronti di tutti i suoi componenti, anche se diversi dai ricorrenti.

(24) Cfr. G. Fares, *Brevi notazioni sugli effetti del giudicato amministrativo di annullamento rispetto agli atti plurimi*, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 180 ss.; E. Casetta, *op. cit.*, 496 e R. Juso, *op. cit.*, 509-510.

(25) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 maggio 1985, n. 182, in *Foro Amm.*, 1985, 856; Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2004, n. 496, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2004, 452 e Cons. Stato, Sez. V, 23 settembre 2005, n. 5035, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2005, 2626.

(26) Cfr. Cons. Stato, Sez. I, n. 16728/2004 e Cons. Stato, Sez. IV, n. 2754/2004. In dottrina cfr. Clarich M., *op. cit.*, 309; E. Casetta, *op. cit.*, 496; F. Caringella, *op. cit.*, 763.

(27) Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 26 aprile 1994, n. 351; Cons. Stato, Sez. VI, 18 gennaio 1996, n. 19; Cons. Stato, Sez. IV, 5 settembre 2003, n. 4977 e T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. III, 4 febbraio 2009, n. 1131.

Si vedano in dottrina G Fares, *op. cit.*, 183 secondo il quale l'indivisibilità caratterizza non tanto l'atto od i suoi effetti o vizi, ma l'esercizio del potere, rendendo indispensabile la distinzione tra «il classico effetto universale dell'annullamento dell'atto (cioè la parte cassatoria della sentenza) e l'autorità di giudicato (cioè la parte ordinatoria o prescrittiva) che invece fa comunque stato solo tra le parti del processo» e, nello stesso senso, C. Anelli, *L'efficacia della cosa giudicata con particolare riguardo ai limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, in *Studi in onore di Antonino Papaldo*, Milano, 1975, 384 e M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 325 ss.

(28) Si veda, in questo senso, A. Travi, *op. cit.*, 933-5, che ritiene l'accertamento che contraddistingue il giudicato un vero «accertamento» in via negativa (eliminazione dell'atto dall'ordinamento) e non una «molla» in grado di trasformare od esaurire il potere amministrativo. Prosegue l'Autore rilevando che una soluzione diversa opera nei casi di giudizio amministrativo cd. «oggettivo» (sul punto si veda più diffusamente Piras, *Giudizio amministrativo e interesse legittimo*, Milano, 1962, I, 115), come per i casi di azione popolare in materia elettorale, nella quale i ricorrenti agiscono esclusivamente per la salvaguardia della legittimità dell'azione amministrativa, e pertanto per il mero annullamento dell'atto, senza lamentare la lesione di una posizione giuridica soggettiva. Non può non rilevarsi, però, come questa impostazione promani da una particolare concezione, sostenuta dall'Autore, sulla natura dell'interesse legittimo quale «posizione sostanziale, che ammette perciò espressioni analoghe al diritto soggettivo», in quanto con il ricorso il cittadino farebbe valere non la lesione del proprio interesse legittimo, bensì il proprio «diritto all'annullamento dell'atto lesivo», stravolgendo l'ordinaria configurazione dei rapporti tra diritto soggettivo ed interesse nel diritto amministrativo.

(29) A. Travi, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 4, 932.

Massime

T.A.R. Liguria, sez. II, 16 aprile 2010, n. 1817 - Pres. Di Sciascio - Est. Bianchi - F. P. (Avv. Granara) c. Ministero della Giustizia, Commissione Esame Avvocato presso Corte Appello Aquila, Commissione esame Avvocato presso Corte di Appello Genova (Avv. Stato).

AVVOCATO - esame per l'iscrizione all'Albo - prove scritte - criteri di valutazione - regolarità della condotta del candidato - sufficienza del contenuto dell'elaborato - posposizione dei criteri di giudizio da parte della commissione - verifica positiva del contenuto dell'elaborato - esclusione per irregolarità della condotta - contraddittorietà - illogicità.

(R.D. 22 gennaio 1934, n. 37, artt. 17 bis, 22, 23)

AVVOCATO - esame per l'iscrizione all'Albo - prove scritte - valutazione - obbligo generale di motivazione degli atti amministrativi che incidano negativamente sui diritti dei destinatari - genericità della motivazione - irritualità della motivazione fornita da diversa commissione d'esame - carenza di motivazione.

(Legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 3)

AVVOCATO - esame per l'iscrizione all'Albo - prove scritte - regola dell'anonimato degli elaborati - annullamento delle prove che presentino segni di riconoscimento - necessità della inequivocabilità in concreto del segno di riconoscimento - necessità della intenzionalità del candidato di rendere riconoscibile il proprio elaborato - inclusione della traccia - mera circostanza di fatto - inidoneità a costituire segno di riconoscimento - accoglimento del ricorso.

(R.D. 22 gennaio 1934, n. 37, art. 23; Legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 3)

È contraddittoria ed illogica la scelta della Commissione esaminatrice di procedere alla valutazione delle prove scritte, attribuendo alle stesse una elevata valutazione numerica e disponendo successivamente il loro annullamento per condotta irregolare del candidato, mediante la posposizione dei due criteri di valutazione della regolarità della condotta del candidato e della sufficienza del contenuto dell'elaborato, atteso che il secondo integra una operazione distinta e successiva rispetto alla verifica della correttezza degli elaborati dal punto di vista formale (1).

L'atto amministrativo che incide negativamente sulla sfera giuridica del destinatario (nella specie l'annullamento delle prove scritte dell'esame per l'accesso alla professione forense) necessita di un adeguato supporto motivazionale, che deve essere tanto più chiaro ed esauriente quanto più l'atto venga ad incidere negativamente gli interessi del suo destinatario, e la carenza motivazionale in proposito non può essere colmata mediante l'estemporanea motivazione fornita da una diversa commissione d'esame (2).

L'inclusione nella busta, contenente la prova scritta, da parte del candidato della fotocopia della traccia fornita dalla commissione integra una mera circostanza di fatto, inidonea a costituire segno di riconoscimento ai fini dell'annullamento della prova e della conseguente esclusione del candidato dal concorso, atteso che la re-

gola dell'anonimato degli elaborati, prevista dall'art. 23 del R.D. 22 gennaio 1934, n. 37, non può essere intesa in modo tanto tassativo ed assoluto da comportare l'invalidità delle prove ogni volta che sussista un'astratta possibilità di riconoscimento del candidato, ma è necessario che emergano elementi atti a provare in modo inequivoco l'intenzionalità del candidato medesimo di rendere riconoscibile il suo elaborato e, quel che più conta, che siano puntualmente ed adeguatamente evidenziate le specifiche ragioni per cui i segni riscontrati integrino oggettivamente tali caratteristiche. Altrimenti opinando, ne conseguirebbe l'impossibilità concreta di svolgere concorsi per esami scritti, non potendosi mai escludere in astratto ed a priori la possibilità che un commissario riconosca un singolo candidato, benché il relativo elaborato sia formalmente anonimo (3).

C.F.

T.A.R. Liguria, sez. II, 23 giugno 2010, n. 5252 - Pres. Bianchi - Est. Caputo - S.S. S.r.l. (Avv. ti Deluigi e Massa) c. A. S.p.A. (Avv. ti Cocchi e Quaglia) e C.N.S. (Avv. ti Roccella).

CONTRATTI pubblici - appalto di servizi - procedura ristretta - procedimento di gara - parametri di valutazione - individuazione.

CONTRATTI pubblici - appalto di servizi - procedura ristretta - procedimento di gara - omessa verbalizzazione - sanatoria - impossibilità.

CONTRATTI pubblici - appalto di servizi - procedura ristretta - aggiudicazione definitiva - declaratoria di inefficacia - insussistenza.

(Art. 245-bis del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.)

La scansione del procedimento di gara al fine di garantire la correttezza delle operazioni esige: l'obbligo di preventiva conoscibilità dei criteri di ponderazione delle offerte al fine di precludere alla Commissione, dopo aver conosciuto gli effettivi partecipanti alla gara, la suddivisione in sottovoci (1); la certa e definitiva formulazione dei criteri di valutazione, ivi compresi sub-pesi e sub-punteggi, prima di conoscere il contenuto delle offerte tecniche che, per indefettibili ragioni di imparzialità, va cronologicamente riferita già al momento d'apertura dei plichi; una volta aperti i plichi, s'impone l'onere di documentare le modalità di custodia al fine di preservare la segretezza del contenuto delle offerte e, contestualmente, assicurare l'esclusività dell'accesso nelle forme previste alla Commissione giudicatrice nella sua interezza per l'esercizio delle valutazioni di competenza (2).

La verbalizzazione delle modalità di custodia va tecnicamente ascritta ad una funzione narrativo-riproduttiva: è volta cioè alla registrazione dei fatti. Ossia è un atto certativo di accadimenti storici che, nel quadro dell'esercizio della funzione pubblica, caratterizzata da certezza e verificabilità dei contenuti e delle modalità delle operazioni ivi documentate, necessariamente deve essere formalizzata per iscritto (art. 2699 c.c.) tanto da doversi postulare l'inscindibilità tra verbale e atto verbalizzato. In altri termini la verbalizzazione di fatti si differenzia da quella avente ad oggetto (ad esempio) le deliberazioni, poiché per la prima non è nemmeno astrattamente predicabile la distinzione concettuale

fra atto verbalizzato e atto di verbalizzazione, affermata (seppure prevalentemente solo in dottrina) invece per quest'ultima. Sicché l'omessa verbalizzazione delle operazioni di custodia si riflette sull'inesistenza di esse, e, in forza del medesimo principio dettato con riferimento alla nullità a mente del quale quod nullum est nullum producit effectum, non è pertanto suscettibile di essere sanata con la dichiarazione resa dal Presidente della Commissione a distanza di oltre tre mesi dall'accadimento (presunto) dei fatti.

La declaratoria giudiziale di inefficacia del contratto già stipulato è un rimedio sostanziale che incide sul diritto materiale, vale a dire sull'efficacia del contratto stesso in corso di esecuzione, mediato dal procedimento d'evidenza pubblica, che ha avuto inizio in epoca anteriore all'entrata in vigore dell'art. 245-bis introdotto con la novella di cui al D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53.

Sicché va dato seguito a Corte di Giustizia, sez. IV, 15 ottobre 2009, causa C-138/08 che, confermando il proprio indirizzo, ha riaffermato l'inefficacia delle norme sopravvenute durante il corso di svolgimento del procedimento di gara ed ha precisato che la normativa (sostanziale) applicabile è quella vigente al momento della pubblicazione del bando di gara.

(1) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 31 settembre 2008, n. 4439.

(2) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2010, n. 3203; T.A.R. Liguria, sez. II, 22 ottobre 2009, n. 2955.

SAR.G.

T.A.R. Liguria, sez. I, 20 aprile 2010, n. 1829 - Rel. Vitali - M. S. (Avv. Cocchi) c. Ministero delle Infrastrutture (Avv. Stato).

DEMANIO marittimo - partecipazione al procedimento.

(Art. 10 della Legge n. 241 del 1990 e s.m., art. 55 del cod. della navigazione)

Il vizio formale concernente la dedotta violazione degli artt. 8 e 10 della L. n. 241/1990 è superabile mercé la sanatoria giurisprudenziale di cui all'art. 21-octies della medesima legge: in caso di nuove opere eseguite in prossimità del demanio marittimo senza autorizzazione l'ingiunzione di rimessione in pristino si configura infatti - ex art. 55 comma 5 cod. nav. - come un atto dovuto e vincolato.

La violazione dell'art. 10 L. n. 241/1990, quand'anche accertata, non potrebbe dunque condurre all'annullamento dell'atto, essendo palese, per la natura vincolata del provvedimento, che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Secondo la giurisprudenza amministrativa deve ritenersi sottoposta all'autorizzazione del capo del compartimento ogni opera che comporti una modifica dell'aspetto esteriore dei luoghi attraverso l'edificazione di nuovi manufatti o la modificazione esteriore (sagoma) di quelli esistenti, con esclusione delle sole modifiche interne.

In tal senso, si è affermato che non occorre il rilascio da parte della Capitaneria di Porto dell'autorizzazione di cui all'art. 55 c. nav. tutte le volte in cui l'intervento di ripristino su un manufatto si limiti a lavori di manutenzione ordinaria o straordinaria, ovvero alla ristrutturazione del bene, rimanendo inalterata la struttura della costruzione; laddove, invece, per effetto dei lavori, muti la struttura del manufatto, non si è in presenza di ristrutturazione, ma di "nuova opera", non potendo sussistere alcuna assimilazione tra la preesistente costruzione e quella in corso di realizzazione, con la conseguenza che la Capitaneria di Porto deve nuovamente valutare se l'intervento, così come progettato, possa essere autorizzato, essendo priva di qualsiasi rilievo la precedente autorizzazione rilasciata sulla base di una diversa configurazione della costruzione (1).

(1) Cfr. T.A.R. Lazio, Sez. III, 9.9.2002, n. 7714; conformi T.A.R. Sardegna, Sez. I, 20.4.2007, n. 709; T.A.R. Campania, Sez. VII, 5.12.2006, n. 10399.

F.B.

T.A.R. Liguria, sez. I, 20 aprile 2010, n. 1834 - Pres. Balba - Est. Vitali - L.Z. (Avv. Squeri) c. Comune di Rapallo (n.c.).

EDILIZIA e urbanistica - titolo edilizio - diniego - lesione dell'estetica - assenza di specifiche disposizioni primarie e secondarie o dello strumento urbanistico comunale - illegittimità.

EDILIZIA e urbanistica - titolo edilizio - diniego - lesione dell'estetica - assenza di specifiche disposizioni primarie e secondarie o dello strumento urbanistico comunale - illegittimità - fattispecie.

(art. 3 della Legge n. 241 del 1990; art. 4 del D.P.R. n. 380 del 2001)

In mancanza di specifiche disposizioni primarie e secondarie o dello strumento urbanistico comunale, non può essere negata la concessione edilizia in base a generiche considerazioni di carattere estetico, non tradotte in norme o previsioni urbanistiche, relativamente ad aree in ordine alle quali le norme vigenti non impediscono di costruire e su cui non sussistono vincoli di carattere storico - artistico - o paesaggistico (1).

È illegittimo, per difetto di motivazione, ex art. 3 della Legge n. 241 del 1990, il diniego di una concessione edilizia in sanatoria per ragioni di carattere estetico e, in particolare, a motivo del fatto che gli elementi installati presentano una soluzione tipologica e costruttiva errata, priva di qualsiasi rapporto con l'edificio principale sia nella scelta dei materiali, che nella tipologia dei serramenti e delle aperture, nel caso in cui alcuna norma del regolamento edilizio imponga l'utilizzo di elementi quali materiali, serramenti e aperture, specificatamente individuati; infatti la normativa estetica costituisce, ex art. 4 D.P.R. n. 380/2001, un contenuto obbligatorio del regolamento edilizio, con la conseguenza che un giudizio estetico negativo può aversi solo con riferimento ad aspetti (attinenti, per esempio, all'uso di particolari materiali e/o colori) previsti e disciplinati dalla normativa edilizia, paesaggistica, etc., aspetti che debbono pertanto essere adeguatamente individuati in sede motivazionale mediante il richiamo alle pertinenti disposizioni.

(1) Cfr. T.A.R. Veneto, sez. II, 4 luglio 2001, n. 1971.

SAR.G.

T.A.R. Liguria, sez. I, 22 aprile 2010, n. 1933 - Rel. Perugia - M. N. (Avv. Garabello e Bet) c. Comune di Genova (Avv. Pessagno) e c. D.G. L.T. (Avv. Rivellini e Lombardi).

EDILIZIA e urbanistica - titolo edilizio - lavori edili condominiali - legittimazione - insussistenza.

(Art. 11 del D.P.R. n. 380/2001)

L'assenza di atti giuridici significativi la volontà espressa da tutti i condomini di separare il condominio in ragione dei due numeri civici evidenzia la carenza della legittimazione dei controinteressati a richiedere il titolo che riguarda la modifica delle parti comuni, quali l'androne di ingresso, la facciata e le modalità di accesso ai sedimi privati circostanti. Tale carenza avrebbe potuto essere ovviata con la produzione di un documento comprovante l'accordo di tutti i proprietari di immobili condominiali, ma tale atto non risulta prodotto. (...) La

situazione in fatto descritta dai controinteressati nella memoria difensiva, pur condivisibile, tuttavia non corrisponde allo stato di diritto del fabbricato.

F.B.

T.A.R. Liguria, sez. I, 11 maggio 2010, n. 2518 - Pres. Balba - Est. Peruggia - F.V. e altri (Avv.ti Prof. Acquarone e Salustri) c. Comune di Genova (Avv. Pessagno) e nei confronti di M. L. (Avv. Massa).

EDILIZIA e urbanistica - permesso di costruire - parcheggio - difetto di istruttoria - con riferimento alle norme del PUC di Genova - per omessa valutazione delle esigenze di conservazione degli alberi - sussiste.

EDILIZIA e urbanistica - permesso di costruire - rilascio - presupposti - accertamento, da parte del Comune, della proprietà dell'immobile per il quale è richiesto il permesso di costruire - non necessità di svolgimento di un'istruttoria con l'approfondimento e le garanzie richiesti da un giudizio civile.

È illegittimo il permesso di costruire rilasciato per la realizzazione di un parcheggio in struttura in un'area corredata da un congruo numero di alberi ad alto e medio fusto, taluno dei quali di notevole pregio, senza che l'amministrazione comunale si sia posta il problema di comparare la necessità di modificazione del suolo assentita dal titolo impugnato con le esigenze di conservazione degli alberi tutelate dalla disciplina di zona del piano urbanistico comunale, non essendo stata correttamente effettuata la necessaria verifica circa la possibilità di mantenere il maggior numero possibile di alberi di pregio, in relazione ai perseguiti fini urbanistico ed edilizio.

Ai fini della legittimità degli atti amministrativi non è necessario che l'amministrazione comunale istruisca la questione proprietaria di un bene immobile con l'approfondimento e le garanzie richiesti da un giudizio civile, ma gli accertamenti demandati all'amministrazione non possono essere contraddittori o insufficienti allo scopo.

M.B.O.

T.A.R. Liguria, sez. II, 21 aprile 2010, n. 1929 - Pres. Di Sciascio - Est. Bianchi - Comune di Casarza Ligure e altri (Avv. Granara) c. Regione Liguria (Avv.ti Benghi e Sommariva), Comune di Sestri Levante (Avv. Cocchi), Comune di Albisola Superiore (Avv. Satragno), Comune di Cairo Montenotte (Avv. Romani), Comune di Ventimiglia, Comune di Sarzana, Comune di Arcola, Comune di Loano, Comune di Taggia.

ENTI locali - concorso indetto dalla Regione Liguria - assegnazione Fondi Aree Sottosviluppate - graduatoria finale - recepimento statuizioni della Commissione di valutazione - approvazione della Giunta regionale - impugnazione da parte di Comuni esclusi - natura gestionale del provvedimento - operatività del principio di separazione funzionale tra attività di indirizzo e pro-

grammazione e attività gestionale - spettanza della funzione gestionale ai dirigenti - incompetenza della Giunta Regionale - annullamento del provvedimento - rimessione dell'affare al dirigente competente per materia.

(D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 4; D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150)

È illegittimo e deve essere annullato per motivi di incompetenza il provvedimento con cui la Giunta regionale ha approvato la graduatoria finale della procedura concorsuale per l'ammissione dei Comuni compresi nel territorio regionale ai finanziamenti PAR-FAS 2010-2013, per la riqualificazione delle aree sottosviluppate, attesa la natura palesemente gestionale del provvedimento medesimo e la sussistenza della competenza dirigenziale alla sua approvazione, in ossequio al principio di separazione funzionale tra attività di indirizzo e programmazione e attività gestionale, per cui solo la prima spetta agli organi politici.

C.F.

T.A.R. Liguria, sez. II, 15 aprile 2010, n. 1804 - Rel. Ponte - E. in qualità di genitore di B. c. Ministero dell'Istruzione, Ufficio Scolastico Provinciale di Savona, Istituto Comprensivo di Carcare (Avvocatura dello Stato).

ISTRUZIONE pubblica - insegnate di sostegno - principi ispiratori.

(Art. 2, commi 413 e 414, della Legge 24.12.2007, n. 244 - Artt. 3, 32, 34 e 38 Cost.)

L'assegnazione di un insegnante specializzato di sostegno al bambino disabile costituisce un diritto riconosciuto dall'art. 13, comma 3, della legge n. 104/1992, quale strumento necessario per l'attuazione dei principi di cui agli artt. 3, 32, 34 e 38 Costituzione: nello specifico l'attività didattica di sostegno è garantita nell'ambito della scuola secondaria di primo e secondo grado, ove deve essere realizzata "con docenti di sostegno specializzati, nelle aree disciplinari individuate sulla base del profilo dinamico-funzionale e del conseguente piano educativo individualizzato" (art. 12, comma 5, L. 5.2.1992, n. 104).

Né tale diritto può essere inciso dalla recente normativa sulla formazione degli organici di cui all'art. 2, commi 413 e 414, della legge 24.12.2007, n. 244 - legge finanziaria per il 2008 - che ha stabilito, a decorrere dall'anno scolastico 2008/2009, un progressivo decremento del numero dei posti (comma 413) e della dotazione organica di diritto (comma 414) degli insegnanti di sostegno, giacché si tratta di misure organizzative dettate "fermo restando il rispetto dei principi sull'integrazione degli alunni diversamente abili fissati dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104" (comma 414), e di obiettivi che debbono comunque essere conseguiti con criteri e modalità definiti "con riferimento alle effettive esigenze rilevate, assicurando lo sviluppo dei processi di integrazione degli alunni diversamente abili" (comma 413), il tutto per fornirne una lettura costituzionalmente orientata (1).

(1) Cfr. T.A.R. Liguria, Sez. II, 14.04.2009, n. 742.

F.B.

CM moto

concessionaria



*Piazza Paolo Da Novi
41/43 R - Genova
Tel. 010 58 71 61
info@cmmoto.it
www.cmmoto.it*

QUADERNI DI NUOVA GIURISPRUDENZA LIGURE



L'EDIZIONE


Nel Decennale della rivista "Nuova Giurisprudenza Ligure" si inaugura la serie dei "Quaderni di Nuova Giurisprudenza Ligure" con la pubblicazione degli atti del convegno "Il fallimento fra tradizione e innovazione", in onore del giudice Antonino Dimundo, Presidente del Tribunale di Genova e magistrato esperto in materia fallimentare.

Tale ambito della giustizia viene spesso ritenuto arido e condizionato dal termine "fallimento", che richiama alla mente una condizione ignominiosa. Il giudice Dimundo ha dimostrato che non è più così, oggi costituisce invece uno dei punti saldi del moderno capitalismo, che permette di ricominciare a produrre beni, profitti e nuova ricchezza. Il convegno ha evidenziato come in passato il fallito fosse l'uomo in fuga, espulso dalla comunità per essersi macchiato dell'insuccesso economico, e come ancora in pieno XX secolo, il legislatore italiano procedesse con la "riabilitazione civile" per rimuovere la vergogna.

Oggi, con la nuova procedura del concordato, il fallimento esce dalla condizione di perdita assoluta, per andare verso quella di un accordo transattivo, affermando anche in materia fallimentare la cultura del processo civile.

L'INDICE

Brevi note storiche sul fallimento, *Vito Piergiovanni*; I problemi attuali del fallimento, *Antonio Dimundo*; Nota sul credito al consumo, *Guido Alpa*; La disciplina dell'insolvenza transfrontaliera: spunti di riflessione, *Sergio M. Carbone*; La circolazione dell'azienda in un contesto di procedure concorsuali, *Giorgio Schiano Di Pepe*; Il ruolo del giudice nella riforma fallimentare, *Adriano Patti*; Il piano attestato di risanamento quale elemento immunizzante dall'azione revocatoria, *Dante Benzi*; L'informatica al servizio del fallimento, *Vincenzo Basoli*; La revocatoria delle rimesse bancarie dopo la riforma: un istituto davvero "bonsai"?, *Francesco Dimundo*.

 **PRENOTAZIONE – da spedire via fax 010 3626830**

IL FALLIMENTO TRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE

Il sottoscritto.....desidera ricevere il volume sopra indicato

al **prezzo di € 10,00 i.i.** al seguente indirizzo

Tel/Fax/Mail..... Fatturare a.....

Sezione di diritto costituzionale regionale

Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova, sez. lav., ord. 21 gennaio 2010, n. 113 - Giudice Bossi - Kaabour Mohamed c. MIUR.

LAVORO - licenziamento per mancanza del requisito della cittadinanza italiana - sussistenza del comportamento discriminatorio - principio di parità di trattamento tra cittadini italiani ed extracomunitari - limiti - attività lavorativa che comporta, anche occasionalmente, lo svolgimento di pubblici poteri - diritto allo svolgimento dell'attività di insegnamento della lingua francese in qualità di supplente - diritto al risarcimento del danno patrimoniale - sussistenza - diritto al risarcimento del danno non patrimoniale - sussistenza.

(Art. 4 Cost; art. 3 d. lgs. n. 3 del 1957; artt 10, 12, 14 l. n. 158 del 1981 (ratifica della Convenzione OIL n. 143 del 1975); artt. 2, secondo e terzo comma, 26 e 27, terzo comma, 43, 44 d.lgs n. 286 del 1998; artt. 2, 3, primo comma, del d. lgs. n. 215 del 2003 (attuazione della direttiva 2000/43/CE); direttiva 109/2003/CE (attuata con l. n. 3 del 2007), D. M. n. 53 del 2007).

In materia di accesso al lavoro, anche pubblico, il principio di parità di trattamento tra cittadini italiani e extracomunitari regolarmente soggiornanti può essere derogato solo in caso di svolgimento di attività lavorativa, che implichi, anche solo occasionalmente, la partecipazione ai pubblici poteri. Pertanto l'insegnamento della lingua francese, in qualità di supplente fino alla nomina dell'avente diritto del posto vacante, non rientra tra le attività che possono essere precluse al cittadino extracomunitario in funzione della tutela di interessi nazionali. (1)

L'accertamento della condotta illegittima dell'amministrazione in violazione del principio di non discriminazione posto dall' art. 43 del d. lgs 286 del 1998, nonché dagli artt. 2 e 3 primo comma del d. lgs n. 215 del 2003 e dalla direttiva 109/2003/CE fa sorgere il diritto al risarcimento del danno patrimoniale subito. Analogamente deve essere riconosciuto il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, dato che il comportamento discriminatorio incide su diritti della persona costituzionalmente garantiti. (2)

(...Omissis...) Con ricorso ex art 44 D.lgs 286/1998 il dottor Kaabour Simohamed ha chiesto al Giudice del lavoro:

- a) l'accertamento del carattere discriminatorio del comportamento tenuto dalla Scuola Media statale Volta-Gramsci, consistito nella risoluzione anticipata del rapporto di lavoro instaurato con contratto a tempo determinato stipulato con il dirigente scolastico in data 15/ 10/2007, avente ad oggetto l'insegnamento della lingua francese in qualità di docente supplente per otto ore settimanali fino alla nomina dell'avente diritto del posto vacante;
- b) l' annullamento del decreto del Dirigente scolastico dell'Istituto Firpo-Buonarroti del 14/11/2007 con il quale è stata disposta l'esclusione del ricorrente dalle graduatorie di circolo e istituto nelle quali risultava inserito nonché del decreto del dirigente scolastico dell'istituto Volta- Gramsci del 10/12/2007 con il quale era stata disposta l'esclusione di ogni effetto giuridico conseguente all'attività svolta dal medesimo ricorrente;

c) il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale patiti in conseguenza della condotta discriminatoria; Il MIUR ha chiesto il rigetto delle domande in quanto infondate in fatto e in diritto.

In fatto è pacifico e documentalmente provato che il ricorrente, di origine marocchina (in corso di causa ha acquistato la cittadinanza italiana), regolarmente soggiornante in Italia da numerosi anni, in data 15/10/2007 ha stipulato un contratto a tempo determinato con l'istituto Volta-Gramsci per l'insegnamento della lingua francese per otto ore settimanali; che in data 15/ 11/2007 il D.S. dell'istituto Volta-Gramsci ha decretato nei suoi confronti la "risoluzione anticipata" del contratto per mancanza del requisito della cittadinanza italiana con decorrenza 15/11/2007 e che sono seguiti provvedimenti di annullamento degli effetti giuridici della prestazione resa del 10/11/2007 nonché provvedimento di "depenamento" del ricorrente dalle graduatorie di circolo e di istituto per gli anni 2007-2008 e 2008-2009 nelle quali era inserito (cfr. prod. fascic. ric.).

Il ricorso, avente ad oggetto la tutela del cittadino extracomunitario sotto il profilo del diritto all'accesso al lavoro, quale diritto fondamentale della persona, previsto e tutelato dalla stessa Carta Costituzionale, è fondato e pertanto deve essere accolto.

L'art. 2, comma 2 del D.lgs. 286/98 ha riconosciuto allo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato il godimento dei medesimi diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano e, con specifico riferimento al diritto al lavoro, al comma 3, ha previsto che "la Repubblica italiana, in attuazione della Convenzione dell'OIL n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata con legge 10 aprile 1981 n. 158, garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani."

L'art. 43 del medesimo testo normativo ha definito discriminatorio "ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, e le convinzioni e le partecchie religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica".

In particolare, con riferimenti al diritto al lavoro, il comma 2 lett.e) della medesima disposizione ha sancito che compie un atto discriminatorio "chiunque illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l'accesso all'occupazione () allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità". Il D.lgs 215/03, attuativo della Direttiva comunitaria 216/03, all'art. 2, ha precisato che costituisce "discriminazione diretta quando, per la razza o l'origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata, o sarebbe stata trattata un'altra in situazione analoga; discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una

prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone".

Ciò premesso, va rilevato che tuttavia il principio di parità di trattamento tra cittadini italiani e cittadini stranieri regolarmente soggiornanti in Italia non opera in modo assoluto, in quanto ammette in materia di accesso al lavoro deroghe che trovano fondamento tanto nella stessa Convenzione OIL ratificata dalla legge 158/1981, quanto nel D.lgs 286/98 (cfr. art. 26 e 27 c.3).

In forza degli artt. 10, 12, 14 della legge 158/81 di ratifica della Convenzione OIL, richiamata dallo stesso art. 2 del D.lgs 286/98 gli Stati membri possono "respingere l'accesso a limitate categorie di occupazione e di finzioni, qualora tale restrizione sia necessaria nell'interesse dello Stato".

Vengono in rilievo alcuna direttive comunitarie, la 43/2000 e la n. 109/32003 che hanno trovato attuazione in disposizioni legislative. L'art. 3, comma 1 del D.lgs 215/03, attuativo della direttiva 43/2000, ha affermato il principio di parità di trattamento di tutte le persone sia nel settore pubblico che in quello privato, principio che deve regolare anche l'accesso al lavoro e all'occupazione, sia in forma autonoma sia in forma subordinata.

La direttiva Ce 109/2003 (attuata con la legge 3 del 2007) relativa ai soggiornanti extracomunitari di lungo periodo, ha previsto che questi ultimi godono dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda l'esercizio di un'attività subordinata od autonoma purchè non implichi, nemmeno in via occasionale, la partecipazione ai pubblici poteri. L'art. 11 comma 3 riserva agli Stati membri la facoltà di fissare limitazioni di accesso al lavoro nei casi in cui l' legislazione nazionale o comunitaria riservi delle attività ai cittadini dello Stato e della U.E, ma si deve trattare pur sempre di limitazioni dettate per determinate attività o per esigenze oggettive e definite.

La Giurisprudenza di merito è così - condivisibilmente - pervenuta, sia con riguardo allo svolgimento del rapporto di lavoro, sia in tema di accesso al lavoro, anche pubblico, alla luce della direttiva 109/2003, all'affermazione che non è richiesta la cittadinanza italiana per l'esercizio di un'attività lavorativa, autonoma o subordinata, quando si tratta di attività che non implica, neppure occasionalmente, la partecipazione ai pubblici poteri.

Il criterio dell'interesse dello Stato e dell'esercizio di pubblici poteri consente così di ritenere il requisito della cittadinanza non necessario rispetto a quelle attività lavorative non ricollegabili a funzioni pubbliche o a interessi nazionali. Come emerso dall'esame del D.S. della scuola Volta Gramsci, la risoluzione del rapporto è stata consequenziale al deprezzamento del ricorrente dalle graduatorie per mancanza del requisito della cittadinanza italiana (così come richiesto dal DM 53/2007 emanato in attuazione della legge 1957 n.3).

Nella fattispecie non si riesce ad apprezzare quale possa essere l'interesse dello Stato a limitare l'accesso al lavoro al solo cittadino italiano.

L'insegnamento della lingua francese in una scuola media e per di più per un periodo di tempo limitato e per qualche ora alla settimana, non integra esercizio di pubblici poteri, né si configura come funzione coinvolgente interessi nazionali, rivelandosi per contro la prestazione lavorativa di un docente di madre lingua particolarmente rispondente alle esigenze didattiche.

La condotta tenuta dall'Istituto non essendo giustificata da ragioni obiettive che legittimino un trattamento differenziato

tra cittadini italiani e dell'U.E e cittadino extracomunitari in materia di accesso al lavoro deve pertanto ritenersi discriminatoria.

Il carattere discriminatorio non è escluso dal fatto che il requisito della cittadinanza italiana sia stato previsto dalla normativa statale e che l'Istituto scolastico si sia limitato ad osservare tale normativa nella convinzione di aver agito secondo disposizioni di legge, stante l'oggettiva disparità di trattamento, essendo semmai la circostanza rilevante in relazione alla proposta domanda risarcitoria, sotto il profilo dell'elemento soggettivo e del grado di colpa.

Pertanto alla luce di quanto sopra, in osservanza a quanto previsto dall'art. 44 del D.lgs 286/98 -che prevede il potere del giudice di ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e di adottare ogni provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti della condotta discriminatoria- accertata la discriminatorietà della condotta tenuta dall'Amministrazione scolastica, dispone l'annullamento del decreto del 14/1/2007 con il quale era stata disposta la cancellazione del ricorrente dalle graduatorie di circolo e di istituto, con diritto dello stesso ad esservi nuovamente iscritto, nonché del decreto del 10/12/2007 con il quale è stata disposta l'esclusione di ogni effetto giuridico conseguente all'attività svolta dal ricorrente.

Con riferimento alla domanda di risarcimento del danno patrimoniale patito in conseguenza della condotta illegittima di cui sopra, si ritiene di accogliere la stessa e che il danno consista, a seguito della anticipata risoluzione del rapporto, nella retribuzione che il ricorrente avrebbe percepito -in attuazione del valido contratto a termine -fino alla scadenza contrattualmente prevista (la nomina dell'avente diritto al posto normale per l'insegnamento della lingua francese).

Dall'istruttoria svolta è emerso che l'avente diritto ha preso servizio in data 3/12/2007 e che il ricorrente è stato regolarmente retribuito per il tempo in cui ha prestato servizio.

Anche la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale merita accoglimento, anche alla luce dei principi espressi nella nota recente pronuncia della S.C. a sezioni unite in tema di risarcimento del danno non patrimoniale, in considerazione del pregiudizio conseguente alla lesione di diritti fondamentali della persona aventi rilevanza costituzionale, danno che si stima equo liquidare in misura pari al danno patrimoniale.

Non può accogliersi invece la domanda di riassunzione essendo nelle more intervenuta la nomina dell'avente diritto al posto.

Le spese del giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza

P.T.M.

il Tribunale di Genova,

diastesa ogni diversa domanda ed eccezione,

- Dichiara la discriminatorietà del comportamento dell'Amministrazione scolastica consistito nella risoluzione del rapporto di lavoro del ricorrente per mancanza del requisito della cittadinanza italiana;

- Dispone l'annullamento del decreto del Dirigente Scolastico dell'Istituto Firpo-Buonarroti del 10/12/2007 e del decreto del D.S. dell'Istituto Volta - Gramsci datato 10/12/2007.

- Condanna il MIUR al risarcimento nei confronti del ricorrente del danno patrimoniale conseguente alla condotta

discriminatoria pari alla retribuzione contrattuale dal 15/11/2007 al 3/12/2007 e al risarcimento del danno non patrimoniale in misura corrispondente al danno patrimoniale come sopra determinato.

(...*Omissis*...)

(1-2) Stranieri e pubblico impiego in una decisione del Tribunale di Genova.

Sommario: 1. *La vicenda.* - 2. *Il quadro costituzionale di riferimento.* - 3. *L'evoluzione legislativa dei requisiti d'accesso al pubblico impiego e l'incidenza del Decreto Legislativo n. 286 del 1998 (T.U. immigrazione).* - 4. *L'ambito di applicazione del divieto di discriminazione.*

1. La vicenda.

Un cittadino marocchino viene assunto presso una scuola media genovese, l'istituto Volta - Gramsci con contratto a tempo determinato, come docente supplente di lingua francese, con un incarico previsto di otto ore settimanali fino alla nomina dell'avente diritto al posto vacante. Il contratto viene però risolto anticipatamente dal dirigente scolastico dopo circa un mese, una volta riscontrata la mancanza del requisito della cittadinanza italiana, previsto per l'accesso all'insegnamento ai sensi del D.M. 53 del 2007, in attuazione della legge n. 3 del 1957. A questo atto seguono la cancellazione del suddetto dalle graduatorie di circolo e di istituto nelle quali risultava inserito (1) e l'adozione di un ulteriore decreto per l'esclusione di ogni effetto giuridico conseguente all'attività lavorativa svolta. L'insegnante licenziato ha quindi fatto ricorso al Tribunale di Genova con procedimento ex art. 44 del d. lgs. n. 286 del 1998 chiedendo l'accertamento del carattere discriminatorio del comportamento tenuto dall'istituto scolastico, la cancellazione degli effetti sia del decreto che implicava la impossibilità di accedere ad altre supplenze presso le scuole del territorio, sia di quello che escludeva la produzione degli effetti giuridici della prestazione resa in attuazione del contratto poi risolto, nonché il risarcimento del danno morale e patrimoniale subito in conseguenza della condotta discriminatoria.

È stato quindi utilizzato lo strumento dell'azione civile contro la discriminazione rispetto alla quale è prevista la competenza del giudice ordinario: nel caso di specie, trattandosi di una questione attinente al rapporto di lavoro, è stato adito il giudice del lavoro (2).

Il ricorso viene accolto e il provvedimento che qui si commenta si va ad aggiungere alla giurisprudenza di merito che ha adottato un orientamento favorevole relativamente alla questione dell'accesso al pubblico impiego del cittadino extracomunitario. La scelta del tribunale ligure non era affatto scontata, a fronte di un quadro normativo sicuramente non lineare ed univoco e della presenza di orientamenti dottrinali e giurisprudenziali difformi. Tale incertezza fa da sfondo, come dimostra il caso che si esamina, all'adozione di comportamenti contraddittori da parte delle amministrazioni(3).

2. Il quadro costituzionale di riferimento.

Il giudice si sofferma in particolare sull'estensione del principio di non discriminazione in materia di accesso al lavoro del cittadino extracomunitario, evidenziando come nel caso di specie non si possano ritenere sussistenti le condizioni che ne legittimerebbero una deroga.

La sentenza in esame parte dall'assunto secondo cui il diritto d'accesso al lavoro è un diritto fondamentale della persona,

previsto e tutelato dalla Costituzione che, come tale spetta anche al cittadino straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato. Si tratta di una considerazione che non è in realtà pacifica, in particolare con riferimento alla *specie* di lavoro costituita dal pubblico impiego.

Per quanto riguarda questo profilo dottrina e giurisprudenza hanno incentrato la discussione, più che sugli artt. 3 e 4 della Costituzione(4), sull'estensione dell'ambito soggettivo del primo comma dell'art. 51 Cost. secondo cui «*tutti i cittadini*» (...) possono accedere ai pubblici uffici «*in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge*». Innanzitutto si può affermare che dalla formulazione letterale della norma non può essere fatta discendere l'impossibilità per il cittadino extracomunitario di accedere al pubblico impiego. Infatti anche quando viene fatto riferimento al dato testuale contenuto nelle singole norme costituzionali per individuare i diritti fondamentali come tali spettanti anche agli stranieri, le disposizioni che non prevedono come destinatari espressi i «*cittadini*» vengono considerate implicitamente riferite a tutti, mentre l'estensione si ritiene lasciata alla discrezionalità del legislatore quando la Costituzione indica i «*cittadini*» quali titolari del diritto(5).

La suddetta interpretazione dell'51 Cost. è quindi sicuramente da escludere anche in considerazione del fatto che tale norma non ha impedito al legislatore di prevedere una clausola generale di accesso al pubblico impiego dei cittadini comunitari, nonché disposizioni specifiche relative a determinate categorie di lavoratori extracomunitari(6).

Rimane quindi da valutare quali siano i limiti alla discrezionalità del legislatore nell'estendere tale posizione soggettiva agli stranieri e se sia da privilegiare una impostazione restrittiva o se viceversa le disposizioni costituzionali possano essere lette in un'ottica di promozione della integrazione dello straniero anche sotto questo profilo(7).

Ma se l'inquadramento costituzionale della fattispecie che si esamina ha conosciuto orientamenti contrastanti, ancora più complicata è la ricostruzione del quadro legislativo di riferimento.

La sentenza in commento fa discendere il diritto del ricorrente allo svolgimento del rapporto di lavoro per cui era stato assunto dagli artt. 2, secondo e terzo comma, e 43 del d.lgs. n. 286 del 1998, nonché dalla direttiva 2000/43/CE attuata con il d.lgs. n. 215 del 2003.

Il giudice non fa riferimento alle previsioni che regolamentano l'accesso al pubblico impiego e, pur non esplicitando questa opzione interpretativa, aderisce chiaramente all'impostazione per cui esse sarebbero state superate dalla disciplina in materia di immigrazione e dal diritto antidiscriminatorio. In questa sede sembra però necessario soffermarsi sulla disciplina dei requisiti del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, dato che la capacità delle disposizioni citate dall'ordinanza del tribunale di Genova di incidere sulla materia è uno dei punti più controversi della questione esaminata.

3. L'evoluzione legislativa dei requisiti d'accesso al pubblico impiego e l'incidenza del Decreto Legislativo n. 286 del 1998 (T.U. immigrazione).

La prima attuazione della riserva di legge per la definizione dei requisiti per l'accesso al pubblico impiego si ha con l'art. 2 del d. P. R. n. 3 del 1957 il quale prevede espressamente la cittadinanza italiana per l'accesso agli impieghi civili dello Stato. Con l'intervento dell'art. 37 del d. lgs. n. 29 del 1993, poi recepito dall'art. 38 del d.lgs. 165 del 2001, viene però esteso l'accesso al pubblico impiego ai cittadini comunitari

«per tutti i posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero che non attengono alla tutela dell'interesse nazionale». In attuazione di tale previsione, un successivo decreto presidenziale, il d. P. C. M. n. 174 del 1994, è intervenuto individuando posti e funzioni per i quali «non può prescindersi dal possesso della cittadinanza italiana»(8).

Inoltre, in relazione alle modalità di svolgimento dei concorsi e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi, il d. P. R. n. 487 del 1994 ha individuato tra i requisiti generali la cittadinanza italiana, ovvero di uno dei Paesi appartenenti all'Unione Europea, rinviando però alle eccezioni contenute nel d. P. C. M. n. 174 del 1994.

L'ordinanza in commento e altre pronunce della giurisprudenza di merito(9) fanno discendere il superamento della suddetta normativa dalla norma di cui all'art. 2, commi secondo e terzo, del d. lgs. n. 286 del 1998, in cui si dispone la parificazione dello straniero regolarmente soggiornante al cittadino per quanto riguarda il godimento dei diritti civili e inoltre la garanzia, per lo stesso e per la sua famiglia, «della parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani». Quest'ultima previsione costituisce diretta attuazione della Convenzione dell'OIL n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata con legge n. 158 del 1981, e ad essa può essere riconosciuta efficacia rafforzata in relazione all'art 10 Cost.(10)

In realtà questo orientamento viene smentito da diverse pronunce giurisprudenziali e da parte della dottrina che ritengono di dover dare, nel caso in questione, un'altra soluzione al conflitto tra fonti(11).

Si osserva infatti che, sulla base del criterio gerarchico, la disposizione del t. u. immigrazione sarebbe inidonea a superare il d. P. R. n. 487 del 1994 in materia di reclutamento del personale: il richiamo a tale regolamento, operato dall'art. 70 del d. lgs. n. 165 del 2001, avrebbe avuto l'effetto di legificare la normativa regolamentare, che deve essere considerata quindi *jus superveniens* rispetto al principio di parità di trattamento espresso dal d.lgs n. 286 del 1998(12).

Inoltre, dato che la riserva di accesso al pubblico impiego ai cittadini italiani e ai cittadini comunitari (salve le limitazioni indicate) sarebbe confermata dall'art 38 del d.lgs. 165 del 2001, si dovrebbe riconoscere che nel testo unico in materia di pubblico impiego viene manifestata una precisa opzione politica del legislatore nazionale che non ritiene sussistenti per gli stranieri le medesime esigenze di integrazione che emergono con riferimento ai cittadini europei.(13)

La seconda obiezione che viene portata all'orientamento favorevole è di carattere sistematico e riguarda il significato da attribuire all'art. 27, terzo comma, del d. lgs. n. 286 del 1998 secondo cui «Rimangono ferme le disposizioni delle leggi speciali che prevedono il requisito della cittadinanza italiana per lo svolgimento di determinate attività».

Si ritiene che, se anche non fossero sufficienti gli argomenti precedentemente esposti, con riferimento a tale disposizione non potrebbe negarsi l'attuale vigenza delle norme che prescrivono il possesso della cittadinanza italiana quale requisito per l'accesso ai lavori alle dipendenze di amministrazioni pubbliche. In particolare l'uso nell'articolo in questione del termine ampio "disposizioni" avrebbe la funzione di far prevalere sul principio di parità di trattamento anche le norme di rango secondario (diversamente infatti il legislatore avrebbe utilizzato l'espressione "leggi o atti aventi forza di legge")(14). Inoltre, considerando il t.u. immigrazione nel

suo complesso, viene ritenuta decisiva in questo senso la «mancanza di una norma legislativa analoga a quella prevista per i comunitari che in generale consenta agli stranieri extracomunitari l'accesso agli impieghi nelle amministrazioni pubbliche (...) salvo che per taluni posti nel pubblico impiego ai quali lo straniero extracomunitario può accedere se ricorrono gli speciali requisiti e condizioni previsti da alcune norme legislative e regolamentari»(15).

Secondo l'orientamento favorevole questa obiezione può essere superata rovesciando i termini della questione: individuando nel principio di non discriminazione espresso dall'art. 2 del d. lgs 286 del 1998 la regola e nella previsione del requisito della cittadinanza l'eccezione. Con riferimento al dato letterale dell'art. 27, terzo comma, viene piuttosto valorizzato l'uso da parte del legislatore della espressione «determinate attività», che andrebbe intesa nel senso di salvare, non tutta la normativa escludente gli extracomunitari, ma solo quella in cui è la peculiarità delle funzioni svolte a far permanere la necessità della limitazione. Si potrebbe quindi presumere la consapevolezza della deroga solo con riferimento agli interventi successivi all'accoglimento espresso del principio di non discriminazione nell'ordinamento (quindi dalla vigenza del t. u. immigrazione in poi), mentre alla luce della introduzione dello stesso dovrebbe essere vagliata la permanenza in vita delle disposizioni precedenti non coerenti con il cambio di prospettiva intervenuto(16).

Sempre in senso restrittivo, si considera che la finalità di assicurare parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti dei lavoratori stranieri rispetto ai lavoratori italiani varrebbe solo nello svolgimento del rapporto di lavoro e non in relazione alla astratta possibilità di instaurarlo(17).

Infine, parte della giurisprudenza(18), avallata anche dalla dottrina (19), evidenzia come in ogni caso il testo unico sull'immigrazione, per gli aspetti che disciplinano il rapporto di lavoro dello straniero immigrato, non potrebbe incidere sulle disposizioni che prevedono il requisito della cittadinanza data la specialità della materia dell'accesso al lavoro nella pubblica amministrazione, che troverebbe copertura costituzionale proprio negli artt. 51, 97 e 98 Cost.

Questa conclusione viene però confutata osservando come piuttosto, proprio sulla base dell'evoluzione della materia che ha portato alla privatizzazione e alla contrattualizzazione del rapporto di lavoro nella pubblica amministrazione(20), non sarebbe più ragionevole «l'esclusione dello straniero dal pubblico impiego in tutti quei casi in cui l'impiego, per le modalità di accesso e per quelle di svolgimento del rapporto di lavoro, non presenti significative differenze rispetto all'impiego privato. La tendenza generale a ridefinire la disciplina del pubblico impiego, secondo criteri di stampo privatistico, conduce ad una complessiva revisione del principio di esclusione generale dei non cittadini dal rapporto di lavoro pubblico»(21).

4. L'ambito di applicazione del divieto di discriminazione.

L'ordinanza che si commenta ritiene violati nel caso di specie i divieti di discriminazione previsti dagli artt. 43 del d. lgs. n. 286 del 1998 (con riferimento in particolare al secondo comma, lettera e) (22) e 3, primo comma, del d.lgs n. 215 del 2003. (23) Appare opportuno soffermarsi in particolare su questo secondo riferimento normativo: si tratta infatti di un atto adottato in attuazione di una direttiva comunitaria (la direttiva 43/2000/CE), a cui deve essere riconosciuta una efficacia rinforzata: la violazione della disciplina posta dalla stessa a

qualunque livello, sia che riguardi il legislatore, sia le determinazioni dell'amministrazione, costituisce inadempimento degli obblighi assunti dall'Italia in quanto Stato appartenente all'Unione Europea. L'obbligo di non discriminazione previsto in tale fonte comunitaria, che estende il proprio ambito soggettivo, non solo ai cittadini comunitari ma anche a quelli extracomunitari, rafforza quindi l'argomento per cui sarebbero da considerare sicuramente illegittime le preclusioni assolute all'accesso al pubblico impiego, quando queste abbiano una ricaduta diretta su soggetti appartenenti a diverse razze o etnie(24). Inoltre impedisce che si possano giustificare le discriminazioni operate sotto questo profilo assumendo che dipendono dal rispetto della normativa interna vigente, dato l'obbligo di disapplicazione delle disposizioni che impongono tali restrizioni all'accesso al lavoro(25).

Seguendo questo orientamento si può affermare che la base costituzionale della legittimazione all'accesso al pubblico impiego sia quindi, in ultima istanza, l'art. 11 Cost. che impone la conformità del diritto interno ai principi posti dal diritto comunitario(26).

Come evidenzia il giudice dell'ordinanza in commento bisogna naturalmente prendere in considerazione anche i limiti del principio di parità di trattamento, che sono espressamente definiti nella normativa di attuazione dello stesso.

Il giudice sviluppa questo profilo a partire dall'art. 27 del d. lgs. n. 286 del 1998 e dagli artt. 10, 12 e 14 della Convenzione OIL. Inoltre dato che il ricorrente è un soggetto che risiede in Italia da molti anni (elemento che si evince anche dal fatto che abbia acquisito la cittadinanza italiana nelle more del procedimento) afferma che nella definizione dei suddetti limiti si debba far riferimento anche all'art. 11, terzo comma, della direttiva 2003/109/CE (27) (attuata con legge n. 3 del 2007). Lo stesso d. lgs. n. 215 del 2003 recepisce all'art. 3, secondo comma, una clausola della direttiva 2000/43/CE che delimita il campo di operatività del principio. La dottrina e la giurisprudenza che fanno proprio l'orientamento favorevole, esaminando le diverse clausole presenti, anche a partire da dati letterali e sistematici diversi, pervengono comunque allo stesso risultato(28): le restrizioni poste dagli Stati nell'accesso al pubblico impiego non devono rispondere a mere esigenze protezionistiche del mercato del lavoro, ma come avviene per i cittadini comunitari, ai cittadini extracomunitari devono essere preclusi solo quegli impieghi che comportano l'esercizio di funzioni tipicamente statali(29). Questa conclusione è accolta anche dall'ordinanza del tribunale di Genova quando afferma doversi ricavare dalla legislazione vigente il principio per cui «non è richiesta la cittadinanza italiana per l'esercizio di un'attività lavorativa, autonoma o subordinata, quando si tratta di attività che non implica neppure occasionalmente la partecipazione ai pubblici poteri».

Secondo il giudice questo non accade sicuramente nel caso di specie, nè tantomeno l'attività di insegnamento della lingua francese in qualità di docente supplente può essere considerata funzione coinvolgente interessi nazionali(30). Si sottolinea piuttosto come la presenza di un docente madre lingua possa rivelarsi particolarmente rispondente alle esigenze didattiche.

Il permanere di una condizione di incertezza circa la possibilità di accesso del cittadino extracomunitario al pubblico impiego comporta sicuramente l'esistenza di situazioni che non hanno ragion d'essere né in riferimento al processo di

integrazione degli stranieri nella società italiana, né in rapporto al concreto svolgersi dell'attività pubblica.

Infatti, il cittadino extracomunitario può essere parte di un rapporto di lavoro che coinvolga sensibili interessi pubblici nel caso dei servizi esternalizzati, mentre, come accade nel caso di specie, possono essergli preclusi impieghi in cui proprio l'elemento su cui si basa la differenziazione potrebbe essere valorizzato ai fini dello svolgimento della prestazione.(31)

Nonostante sia apprezzabile il ruolo svolto dalla giurisprudenza di merito nella tutela di queste situazioni soggettive, sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore del legislatore che, a nostro avviso, dovrebbe andare necessariamente nel senso di un pieno accoglimento anche nel settore del pubblico impiego del principio di non discriminazione, così come si è affermato nell'ordinamento comunitario, fatte salve naturalmente le limitazioni necessarie già individuate in relazione alla condizione dei cittadini comunitari.

Infine si può rilevare che nel caso di specie il giudice del lavoro ha ritenuto di liquidare il danno patrimoniale e morale del ricorrente dando così piena attuazione alla tutela predispesa dall'art. 44 del d. lgs. n. 286 del 1998(32).

Giovanna Cuzzola

Note:

(1) Adottata dal dirigente scolastico dell'Istituto Firpo - Buonarroti con decreto del 14/11/2007.

(2) Ai sensi dell'art. 44 del d. lgs. n.286 del 1998 la competenza spetta al Tribunale del luogo del domicilio dell'istante che pronuncia con ordinanza reclamabile alla Corte d'Appello a norma dell'art. 739, secondo comma, c.p.c., secondo la disciplina speciale del procedimento in camera di consiglio. In A. Guarisio, *Rosa Parks, il pubblico impiego e "l'interesse legittimo" a non essere discriminati*, in *Dir. imm. citt.*, 3-4, 2008, 158-163, vengono espone le ragioni dell'opportunità dell'affidamento della materia antidiscriminatoria al giudice ordinario anche per le controversie che riguardano la pubblica amministrazione.

(3) Vd. L. Busico, *Accesso degli extracomunitari all'impiego pubblico: una questione ancora non risolta*, in *Giust. Civ.*, 2007, 2974, e M. Paggi, *Discriminazione e accesso al pubblico impiego*, in *Dir. imm. citt.*, 2, 2004, 83, nota n.3.

(4) Su cui comunque fondano la loro decisione l'ordinanza in commento e altri provvedimenti che seguono l'orientamento a cui questa aderisce: in Trib. Genova, ord. 21 aprile 2004, in *Dir. imm. citt.*, 2, 2004, 175 si afferma che «i diritti attribuiti dalla nostra Costituzione nella materia economico-sociale trovano applicazione a prescindere dalla cittadinanza»; allo stesso modo secondo in Trib. Pistoia, ord. 6/7 maggio 2005, in *Dir. imm. citt.*, 1, 2005, 121, il diritto al lavoro, anche con riferimento al pubblico impiego, «è considerato come uno dei diritti fondamentali costituzionalmente previsti e tutelati che, come tale, ha la natura di un diritto soggettivo perfetto: con la conseguente, necessaria, tutela anche per lo straniero, una volta che questi sia stato equiparato al cittadino italiano o comunitario». Analoghe valutazioni vengono espresse in App. Firenze, ord. 2 luglio 2002, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 272 ss. Per quanto riguarda la tutela costituzionale del diritto al lavoro dei cittadini extracomunitari vd. P. Bonetti, *La parità di trattamento tra stranieri e cittadini nell'accesso al collocamento obbligatorio degli invalidi: quando la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost.*, 1998, 3774 - 3775.

(5) L'attribuzione di valore preclusivo al dato letterale porterebbe a risultati inaccettabili con riferimento ad altre disposizioni costituzionali dato che sarebbe un ostacolo all'estensione agli stranieri, ad esempio, del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), della libertà di as-

sociazione (art.17) o della libertà di associazione (art. 18 Cost.). Bisogna inoltre considerare come, nell'individuazione delle situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente tutelate estese agli stranieri, il criterio dell'ambito soggettivo definito dal testo della disposizione sia solo uno di fra quelli che vengono utilizzati: alcuni autori infatti preferiscono guardare alla natura della situazione giuridica tutelata, altri valorizzano il fatto che i diritti siano richiamati dalle convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo. Per una classificazione e sistematizzazione delle diverse tesi elaborate si può fare riferimento a E. Grosso, voce *Straniero (status costituzionale dello)*, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol XV, Torino, Utet, 1999, 161-165, e a C. Corsi, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, Cedam, 2001, 82-97.

G. Ludovico, *L'accesso degli extracomunitari al pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 2, 404 afferma quindi che «dalla sua formulazione (...) non è dato ricavare alcuna indicazione a conferma del requisito della cittadinanza, né una diversa lettura potrebbe essere desunta dal generico riferimento ai «cittadini», il quale, pure analogamente presente in altre norme costituzionali, non ha impedito, infatti, che l'accesso al pubblico impiego fosse esteso agli stranieri comunitari. Un risultato che dimostra in modo inequivocabile come l'art. 51 Cost. non rappresenti un impedimento alla possibile rimozione del vincolo della cittadinanza».

(6) Per le disposizioni che, in attuazione delle disposizioni del Trattato che prevedono l'armonizzazione delle opportunità di impiego nei diversi paesi dell'Unione europea, vd. *infra*. par. 3.

Tra le specifiche ipotesi in cui il legislatore ha disciplinato le modalità di accesso al pubblico impiego del cittadino extracomunitario possono essere citate:

- l'art. 9 del d. l. n. 416 del 1989, convertito in legge con modificazioni dalla l. n. 39 del 1990, in cui era prevista per i titolari di permesso di soggiorno per motivi di lavoro la facoltà di iscrizione nelle liste di collocamento predisposte per i lavoratori italiani a livello circoscrizionale, con possibilità di stipulare qualsiasi tipo di contratto di lavoro. Tale disposizione, nell'escludere l'ambito del pubblico impiego, prevedeva infatti una deroga per quelle posizioni per le quali non era richiesto un titolo di studio superiore alla scuola dell'obbligo, sulla base delle selezioni effettuate dalle liste di collocamento (previsione poi abrogata dall'art. 46 della l. 6 marzo 1998, n. 40, con un intervento che secondo alcuni non avrebbe comunque fatto venire meno il diritto dell'extracomunitario all'avviamento ai pubblici uffici. Cfr. M. A. Garzia, *L'accesso al pubblico impiego del cittadino comunitario*, in *Giust. civ.*, 2006, 1896 ss., 1908-1909);

- l'art. 27 del d. lgs. n. 286 del 1998, relativamente alle fattispecie riguardanti i lettori universitari di madre lingua, assunti con contratto (lettera b), i professori universitari (lettera c), gli infermieri professionali assunti a tempo determinato (lettera r-bis);

- l'art. 25, secondo comma, del d. lgs. n. 251 del 2007, attuativo della direttiva 2004/83/CE, in cui, limitatamente a soggetti titolari dello status di rifugiati, si ammette la possibilità dell'inserimento nella pubblica amministrazione con le stesse modalità e gli stessi limiti previsti per i cittadini dell'UE.

Inoltre anche la disciplina dell'accesso al lavoro autonomo può essere considerata espressione di un tendenziale preferenza per un orientamento inclusivo (art. 26, d. lgs. n. 286 del 1998).

(7) In un parere del Consiglio di Stato (limitatamente però al caso dei cittadini comunitari) viene sottolineata la valenza inclusiva e non esclusiva dell'art 51: si ritiene infatti che nella *ratio* e nella «storia applicativa» della norma si possa trovare il fondamento di un generale principio di non discriminazione nell'accesso al pubblico impiego: cfr. C. Stato, Sez. II, 20 giugno 1990, n. 234, *FI*, 1991, III, 528 ss.

B. Di Giacomo Russo, *Accesso al pubblico impiego e stranieri*, *Foro amm. TAR*, 2006, 5, 1660-1665, valorizza anche i principi di buon andamento dell'amministrazione e di imparzialità (artt. 97 e 98 Cost) per indicare come piuttosto l'apertura della pubblica amministrazione agli stranieri (che ritiene opportuno attuare con un si-

stema di quote riservate nei concorsi) potrebbe in positivo realizzare un collegamento tra amministrazione e realtà sociale.

(8) Si tratta dei posti ai livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato e delle altre pubbliche amministrazioni, dei posti con funzione di vertice amministrativo delle strutture periferiche delle amministrazioni pubbliche dello Stato, degli enti pubblici non economici, delle Province e dei Comuni, nonché delle Regioni e della Banca d'Italia, dei posti di magistrati ordinari, amministrativi, militari, contabili nonché di avvocati e procuratori dello Stato, dei posti dei ruoli civili e militari della Presidenza del Consiglio dei ministri, del Ministero degli affari esteri, del Ministero dell'interno, del Ministero della giustizia, del Ministero della difesa, del Ministero delle finanze e del corpo forestale dello Stato.

(9) App. Firenze, ord. 2 luglio 2002, *cit.*; Trib. Genova, ord. 21 aprile 2004, in *Dir. imm. citt.*, 2004, n. 2, 172 ss.; Trib. Pistoia, ord. 7 maggio 2005 in *Dir. imm. citt.*, 2005, 1, 121 ss; App. Firenze, decr. 21 dicembre 2005, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 867 ss.; Trib. Perugia, ord. 6 dicembre 2006, in *Dir. imm. citt.*, 2007, 2, 159 ss.; Tar Liguria, sez. II, 13 aprile 2001, n. 3999, in *Dir. imm. citt.*, 2, 2001, 161.

(10) In particolare l'art. 10 della Convenzione garantisce ai lavoratori migranti regolarmente soggiornanti «parità di opportunità e di trattamento in materia di occupazione e di professione».

(11) Contro una generalizzata apertura del pubblico impiego agli stranieri si sono espresse autorevolmente la Cassazione, Cass. 13 novembre 2006 n. 24170, in *Dir. imm. citt.*, 4, 2004, 172, e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, Ufficio per il personale delle amministrazioni, nel parere (prot. n. 23/11) n. 196 del 28.9.2004 in *Dir. imm. citt.*, 3, 2004, 83 ss., reso a seguito di una richiesta del Ministero dell'Interno, sulla possibilità per la p.a. di assumere lavoratori stranieri attraverso le procedure di cui all'art. 16 della l. n. 56 del 1987.

(12) Cass. 13 novembre 2006 n. 24170, *cit.*, «Il D.Lgs. n. 29 del 1993, art. 41 rimetteva ad un regolamento successivo la fissazione dei requisiti generali di accesso al pubblico impiego. Il regolamento fu emanato con il D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, che all'art. 2 reca la disposizione che «possono accedere agli impieghi civili delle pubbliche amministrazioni i soggetti che posseggono i seguenti requisiti generali: 1) cittadinanza italiana...». Pur avendo abrogato l'art. 41 con il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 43, ha mantenuto in vita il D.P.R. n. 487 del 1994, di modo che i requisiti per l'accesso al pubblico impiego continuano ad essere fissati dal regolamento ivi contenuto (vedi ora il D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 70, comma 13: «In materia di reclutamento, le pubbliche amministrazioni applicano la disciplina prevista dal D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, e successive modificazioni ed integrazioni, per le parti non incompatibili con quanto previsto dagli articoli 35 e 36, salvo che la materia venga regolata, in coerenza con i principi ivi previsti; nell'ambito dei rispettivi ordinamenti»). Un'affermazione analoga si ritrova in Trib. Venezia, ord. 19 febbraio 2005, in *Giust. civ.* 2006, 9, 1895 ss.

(13) Tar Tosc., sez. II, 24 gennaio 2003 n. 38, in *I Tar*, 2003, I, 1182 ss.; Tar Ven., sez. I, 25 marzo 2004 n. 782, in *I Tar*, 2004, I, 1919 ss.; Tar Tosc., sez. II, 14 ottobre 2005 n. 4682, in *Foro amm. - Tar*, 2005, 3147 ss.

Questa interpretazione dell'art. 38 del d.lgs. 165 del 2001 viene però messa in discussione dai sostenitori dell'orientamento favorevole con l'argomentazione del difetto di coordinamento tra tale testo unico e quello in materia di immigrazione. In questo senso in App. di Firenze 2.7.2002, *cit.*, dove si afferma che l'art. 38, primo comma, sarebbe solo «meramente riproduttivo dell'articolo 2 del decreto del Presidente della Repubblica n. 487 del 1994, senza alcuna innovazione al riguardo» e non terrebbe conto «della implicita abrogazione dello stesso che si era venuta a determinare a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 286 del 1998. Si tratta di un chiaro difetto di coordinamento tra normative sopravvenute, che ha provocato la mera riproduzione di una norma abrogata, senza alcuna intenzione di riproporne ormai i concetti superati dal dibattito politico, che

aveva tenuto conto dell'esigenza di consentire anche ai cittadini extracomunitari la possibilità di accedere alla pubblica amministrazione, escludendo qualsiasi discriminazione con i cittadini di Stati appartenenti all'Unione Europea». E allo stesso modo anche in M. Paggi, *cit.*, 85 e F. Buffa, *Dipendenti pubblici extracomunitari? Il no della Cassazione e il sì dei giudici di merito: una questione ancora irrisolta*, in *Dir. imm. cit.*, 4, 2006, 51-52, si afferma che tale disposizione può essere considerata solo apparentemente norma sopravvenuta.

(14) T. Venezia, 19 febbraio 2005, in *Giust. civ.*, 2006, 1896 ss.

(15) P. Bonetti, *I principi, i diritti, i doveri* in B. Nascimbene, *Diritto degli stranieri*, 2004, Cedam, 152-153.

Per quanto riguarda la mancanza di una espressa previsione circa l'estensione della parità di accesso al pubblico impiego per gli stranieri extracomunitari, secondo parte della dottrina vale il percorso argomentativo sviluppato dalla Corte costituzionale con riferimento ad un'altra lacuna normativa: quella della mancata previsione del diritto dei lavoratori extracomunitari invalidi di iscriversi negli elenchi di cui all'art. 19 l. n. 482 del 1968 per l'assunzione obbligatoria. Con la sentenza n. 454 del 1998 la Corte ha infatti affermato che «in presenza della garanzia legislativa di parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti per i lavoratori extracomunitari rispetto ai lavoratori italiani (art. 2, terzo comma, d.lgs. 25 luglio 1998), garanzia ulteriormente ribadita e precisata dall'art. 2, comma 2, del testo unico 286 del 1998, secondo cui lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano» salvo che le convenzioni internazionali o lo stesso testo unico stabiliscano diversamente, il ragionamento va rovesciato: occorrerebbe, per giungere all'accennata conclusione rinvenire una norma che esplicitamente o implicitamente neghi ai lavoratori extracomunitari, in deroga alla «piena uguaglianza», il diritto in questione». Questa sentenza assume una particolare rilevanza nella misura in cui afferma che il principio di uguaglianza, alla luce della Convenzione OIL., non possa intendersi violato laddove non sussista alcuna norma che neghi espressamente o implicitamente il diritto controverso all'extracomunitario. G. Ludovico, *cit.*, 408, osserva inoltre come, nonostante il giudice costituzionale abbia implicitamente ammesso che gli extracomunitari possano avere accesso al pubblico impiego (attraverso il riconoscimento della possibilità per gli invalidi di iscriversi al collocamento obbligatorio), «tale pronuncia non sempre è stata oggetto di adeguata attenzione in giurisprudenza e talvolta è stata addirittura travisata nei suoi contenuti, legittimando la conclusione che la parità di trattamento sia destinata ad operare finché non intervenga una disposizione di segno diverso». Inoltre offre uno spunto interpretativo interessante anche per quanto riguarda l'interpretazione dell'art. 51 Cost.: riconoscendo implicitamente la possibilità di accesso del cittadino extracomunitario al pubblico impiego, esclude la legittimità della interpretazione restrittiva della disposizione costituzionale.

(16) M. A. Garzia, *cit.*, 1901.

(17) Si tratta di uno degli argomenti utilizzati dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 13.11.2006, n. 24170, *cit.*). *Contra* Tar Liguria, sez. II, 13 aprile 2001, n. 3999, in *Dir. imm. cit.*, 2, 2001, 161.

(18) Per tutte si può citare ancora la Corte di Cassazione: «Il lavoro pubblico subordinato, anche quello reso "contrattuale" dalla riforma attuata dalle norme ora raccolte nel D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (che implica, al pari di quello in regime di diritto pubblico, la possibilità del conferimento della titolarità di funzioni pubbliche), costituisce una species del lavoro subordinato, contrassegnato da elementi di peculiarità di cui i principali sono posti dagli artt. 97 e 98 Cost. e sono la necessità del concorso pubblico, (salvo le deroghe previste dalla legge) ed il principio secondo cui gli impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione (in tema di tasso di specialità del lavoro pubblico, si veda, in particolare, C. cost. 313/1996; 309/1997, 89/2003, 199/2003)».

(19) Aderiscono all'orientamento della Cassazione, valorizzando proprio questo passaggio del processo argomentativo della sentenza

n. 24170 del 2006, L. Busico, *cit.*, 2973-2974 e G. Mammone, *L'accesso al lavoro pubblico dei cittadini stranieri fra divieto di discriminazioni e restrizioni all'accesso degli extracomunitari*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, 2, 284-285.

(20) «La completa separazione attuata con la "privatizzazione" tra la disciplina pubblicistica dell'ufficio e la sfera privatistica del rapporto ha sottratto, infatti, ogni giustificazione al requisito della cittadinanza con riguardo a quei rapporti che, oltre ad avere una matrice negoziale ed una comune causa di scambio, non implicano l'esercizio di alcuna particolare funzione di interesse nazionale», G. Ludovico, *cit.*, 405.

(21) B. Di Giacomo Russo, *cit.*, 1160. In tal senso anche F. Buffa, *cit.*, 54.

(22) Sulla base dell'art. 43, secondo comma, lettera c, compie un atto discriminatorio «chiunque illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l'accesso all'occupazione (...) allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità».

(23) «Il principio di parità di trattamento senza distinzione di razza ed origine etnica si applica a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato» con specifico riferimento anche all'area dell'«accesso all'occupazione e al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione».

(24) Cfr. M. A. Garzia, *cit.*, 1904-1905.

(25) Il tribunale di Genova assume quindi correttamente che nel caso di specie il carattere discriminatorio del comportamento dell'amministrazione «non è escluso dal fatto che il requisito della cittadinanza italiana sia stato previsto dalla normativa statale e che l'Istituto scolastico si sia limitato ad osservare tale normativa nella convinzione di aver agito secondo disposizioni di legge, stante l'oggettiva disparità di trattamento, essendo semmai la circostanza rilevante in relazione alla proposta domanda risarcitoria, sotto il profilo dell'elemento soggettivo e del grado di colpa».

(26) M. Paggi, *cit.*, 83-84, ritiene allo stesso modo decisivo il riferimento alle fonti sovranazionali ma valorizza piuttosto l'art. 10 Cost, secondo comma, ed vincolo derivante dalla sottoscrizione della Convenzione O. i. l. n. 143 del 24 giugno 1975, resa esecutiva dalla l. n. 158 del 1981.

(27) *Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*.

(28) Con riferimento agli artt. 26 e 27 del d. lgs. n. 286 del 1998 vd. *supra* par. 3.

Per quanto riguarda la normativa antidiscriminatoria contenuta nel d. lgs. n. 215 del 2003, l'art. 3, al secondo comma, afferma che il principio di non discriminazione non si applica alle «differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni nazionali e le condizioni relative all'ingresso, al soggiorno, all'accesso all'occupazione, all'assistenza e alla previdenza dei cittadini dei Paesi terzi e degli apolidi nel territorio dello Stato né qualsiasi trattamento, adottato in base alla legge, derivante dalla condizione giuridica dei predetti soggetti». G. Ludovico, *cit.*, 409, mette in relazione questa deroga al «principio di proporzionalità e ragionevolezza» espresso nei commi successivi, per cui le eventuali disparità di trattamento sarebbero ammissibili solo in quanto necessarie e determinanti in relazione alla natura dell'attività e al contesto del suo svolgimento e solo se giustificante in relazione ai mezzi con cui viene svolta e alle finalità che vengono perseguite. M. A. Garzia, *cit.*, 1901, individua queste caratteristiche nelle stesse attività che sono precluse ai cittadini comunitari, riprendendo quanto affermato dal Consiglio di Stato., sez. II, nel parere del 20 giugno 1990 n. 234 (su cui vd. *infra* nota 7): «Si tratta cioè di quegli uffici per i quali gli obblighi morali tesi al perseguimento di interessi facenti capo al Paese di appartenenza si affiancano agli obblighi giuridici richiedibili a chiunque, e solo la concorrenza di entrambi assicura un adeguato soddisfacimento del c.d. "bene pubblico».

nazionale". Sono cioè quegli uffici in cui la particolare immedesimazione nella funzione pubblica che è richiesta non si contenta delle ordinarie modalità di esecuzione della prestazione, secondo criteri di diligenza e professionalità, ma va ben oltre, con un coinvolgimento capace di esprimere "una totale immersione nel perseguimento del fine pubblico che non può non sussistere se non nel soggetto avente cittadinanza nazionale". Lo stesso principio per cui le limitazioni all'accesso al pubblico impiego dello straniero non dovrebbero andare oltre quelle tipizzate nel caso del cittadino comunitario viene ricavato dall'art. 14 della Convenzione OIL («gli Stati aderenti possono respingere l'accesso a limitate categorie di occupazione e di funzioni qualora tale restrizione sia necessaria nell'interesse dello Stato»), recepito espressamente, come già in precedenza rilevato, dall'art. 2 del t. u. immigrazione. Cfr. M. Paggi, Discriminazioni e accesso al pubblico impiego, in *Dir. imm. citt.*, 2, 2004, 87.

Analogamente, secondo il giudice ligure, in base al combinato disposto del primo comma («Il soggiornante di lungo periodo gode dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda: (a) l'esercizio di un'attività lavorativa subordinata o autonoma, purché questa non implichi nemmeno in via occasionale la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri, nonché le condizioni di assunzione e lavoro, ivi comprese quelle di licenziamento e di retribuzione») e del terzo comma («Gli Stati membri (...) possono fissare limitazioni all'accesso al lavoro subordinato o autonomo nei casi in cui la legislazione nazionale o la normativa comunitaria in vigore riservino dette attività ai cittadini dello Stato in questione, dell'UE o del SEE») dell'art. 11 della direttiva 2003/109/CE possono essere considerate legittime solo le limitazioni all'accesso al pubblico impiego del titolare del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo che siano «dettate per determinate attività o per esigenze oggettive e definite».

(29) «Il criterio discrezionale tra i casi in cui il rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione da parte di uno straniero è consentito dall'ordinamento e quelli in cui vietato va ricercato non nel dato soggettivo inerente al lavoratore (...) e nella sua appartenenza o meno alla Comunità europea, ma nel dato - meramente obiettivo - del lavoro, correlato al tipo di impiego o alla immanenza ad interessi - non meramente pubblici ma - "generali dello Stato" o di interessi "che implicano la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri". Così interpretato, l'ordinamento vieta all'extracomunitario solo ciò che è espressamente riservato ai cittadini, ma non ciò che è consentito in generale a tutti in forza di principi costituzionali». F. Buffa, *cit.*, 55.

(30) Il fatto che nell'attività di docenza scolastica non si possa riscontrare alcuna interferenza con i poteri amministrativi e già stato affermato dal Tar, in occasione di un quesito formulato dal Ministero della pubblica istruzione circa la possibilità di ammettere cittadini dell'Unione europea all'attività di insegnamento pubblico. Parere 20 giugno 1990 n. 234, in *Foro amm.*, 1991, I, 438.

(31) Paradossale, ma anche emblematica, è la situazione degli infermieri professionali stranieri, la cui possibilità di ingresso in Italia per motivi di lavoro è stato molto ampliata (verrebbe da aggiungere, al solo scopo di venire incontro alle nostre esigenze di cura e assistenza), senza però riconoscere alcuna tutela alle loro pur legittime aspirazioni di stabilizzazione del posto di lavoro. Infatti in base al combinato disposto tra l'art. 27, primo comma, lettera r bis del d. lgs n. 286 del 1998 e dell'art. 40 del d. P. R. n. 394 del 1999 (sulla cui interpretazione è intervenuta anche una nota del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, Prot. n. 25/I/0003253) si continua a differenziare tra l'impiego di tali categorie di lavoratori in strutture pubbliche, che può avvenire solo con contratti a tempo determinato, e la possibilità di assunzione a tempo indeterminato nelle strutture private.

(32) Come rileva F. Buffa, *cit.*, pp. 55-56, la decisione del giudice sul punto non era affatto scontata: tendenzialmente i giudici di merito che hanno risolto questioni analoghe condannando la P. A. non solo non hanno previsto il risarcimento del danno patito da chi ha subito la condotta discriminatoria ma addirittura, spesso, hanno

disposto la compensazione delle spese di lite. L'autore ritiene invece che «sotto il profilo processuale, lo speciale provvedimento antidiscriminatorio si presta bene al risarcimento del danno, a differenza di provvedimenti cautelari diversi: sotto il profilo sostanziale, poi, non vi è dubbio che la discriminazione è in sé odiosa ed offensiva della dignità umana e perciò foriera di un danno (non patrimoniale), il cui risarcimento è espressamente previsto dalla norma dell'art. 44 co. 7 T. U. immigrazione; l'unica particolarità è data dalla non patrimonialità del danno, il che se può portare a qualche difficoltà in tema di liquidazione (necessariamente equitativa), non toglie che (...) debba essere compiutamente risarcita la lesione ad interessi di rango costituzionale inerenti la persona».

Corte Costituzionale, 28 gennaio 2010, n. 27 - Pres. Ammirante - Est. Napolitano. *

ENTI locali - Comunità montane - competenza legislativa regionale residuale - asserita violazione dell'autonomia finanziaria delle Regioni e degli Enti locali - insussistenza - infondatezza della questione di legittimità costituzionale.

(Costituzione artt. 117, comma 4, e 119; D.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv., con modificazioni, nella L. 6 agosto 2008, n. 113, art. 76, comma 6-bis)

ENTI locali - Comunità montane - competenza legislativa regionale residuale - riduzione dei trasferimenti erariali sulla base del criterio altimetrico - denunziata rigidità del criterio - sussistenza - illegittimità della normativa impugnata in parte qua.

(Costituzione artt. 117, comma 4; D.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv., con modificazioni, nella L. 6 agosto 2008, n. 113, art. 76, comma 6-bis)

ENTI locali - Comunità montane - competenza legislativa regionale residuale - riduzione dei trasferimenti erariali - attuazione mediante decreto interministeriale - denunziata omessa compartecipazione delle Regioni - sussistenza - illegittimità della normativa impugnata nella parte in cui non prevede la necessaria intesa con le Regioni.

(Costituzione artt. 117, comma 4; D.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv., con modificazioni, nella L. 6 agosto 2008, n. 113, art. 76, comma 6-bis)

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 76, comma 6-bis, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (conv., con modificazioni, nella L. 6 agosto 2008, n. 113), sollevata in riferimento agli artt. 117, comma 4, e 119 Cost., nella parte in cui riduce i trasferimenti erariali nei confronti delle comunità montane, dal momento che parte ricorrente non ha dimostrato che tale riduzione determini l'insufficienza dei mezzi finanziari per l'adempimento dei propri compiti e perché la disciplina delle comunità montane rientra nella competenza residuale delle Regioni, che devono provvedere al loro finanziamento ex art. 119 Cost. (1)

È costituzionalmente illegittimo l'art. 76, comma 6-bis, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (conv., con modificazioni, nella L. 6 agosto 2008, n. 113), nella parte in cui prevede che le comunità montane destinatarie delle riduzioni devono prioritariamente essere individuate tra quelle che si trovano ad un'altitudine media inferiore a settecentocinquanta metri sopra il livello del mare, per violazione dell'art. 117, comma 4, Cost. (2)

È costituzionalmente illegittimo l'art. 76, comma 6-bis, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (conv., con modificazioni, nella L. 6 agosto 2008, n. 113), nella parte in cui non prevede che all'attuazione del medesimo comma, finalizzato alla riduzione dei

trasferimenti erariali, si provveda con decreto del Ministro dell'interno, da adottare di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze «d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281», per la violazione del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni. (3)

(*) La sentenza interviene a dirimere la questione di legittimità costituzionale in via principale sollevata dalla Regione Liguria con ricorso notificato in data 20 ottobre 2008, depositato in data 22 ottobre 2008, iscritto al n. 72 del registro ricorsi 2008 e pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 50, prima serie speciale, dell'anno 2008.

(... *Omissis*...) - **Considerato in diritto.**

1.- La Regione Liguria ha promosso questioni di legittimità costituzionale di numerose disposizioni del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 113. Riservata a separate pronunce la decisione sull'impugnazione delle altre disposizioni contenute nel d.l. n. 112 del 2008, viene in esame in questa sede la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 117, comma quarto, e 119 della Costituzione e al principio di leale collaborazione, dell'art. 76, comma 6-bis, del d.l. n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 113 del 2008, nella parte in cui prevede che: «Sono ridotti dell'importo di 30 milioni di euro per ciascuno degli anni 2009, 2010 e 2011 i trasferimenti erariali a favore delle comunità montane. Alla riduzione si procede intervenendo prioritariamente sulle comunità che si trovano ad una altitudine media inferiore a settecentocinquanta metri sopra il livello del mare. All'attuazione del presente comma si provvede con decreto del Ministro dell'interno, da adottare di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze».

2.- La ricorrente formula tre distinte questioni, la prima delle quali riguardante la decurtazione dei trasferimenti erariali a favore delle comunità montane che si porrebbe in contrasto con l'art. 119 della Costituzione in quanto, sommata alla precedente riduzione di cui all'art. 2, comma 16, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2008), «riduce i trasferimenti statali al sistema regionale in termini tali da compromettere l'esercizio delle funzioni regionali e senza prevedere strumenti con i quali queste ultime possano rimediare alle riduzioni stesse». La questione non è fondata. È preliminarmente opportuno chiarire che, secondo la giurisprudenza costante di questa Corte, spetta alle Regioni - onere che, se non assolto, determina la infondatezza della questione sollevata - dimostrare, allorché rivendichino l'illegittimità di norme che prevedono la riduzione dei trasferimenti erariali, che tale riduzione determini l'insufficienza dei mezzi finanziari per l'adempimento dei propri compiti, anche perché non è consentita una analisi atomistica di manovre finanziarie complesse mediante le quali spesso si verifica che alla riduzione di alcune risorse finanziarie si accompagna l'aumento di altre (sentenze n. 298 del 2009; n. 381 del 2004; n. 437 del 2001 e n. 507 del 2000). La ricorrente non motiva in alcun modo né, tantomeno, fornisce elementi tali da dimostrare che le comunità montane, a causa della riduzione del fondo loro de-

stinato dallo Stato, non potranno più funzionare. A ciò si aggiunga che, come questa Corte ha da tempo chiarito, la disciplina delle comunità montane rientra nella competenza residuale delle Regioni (sentenze n. 237 del 2009 e nn. 456 e 244 del 2005). Sono dunque le Regioni che, in base all'art. 119 Cost., devono provvedere al loro finanziamento insieme ai Comuni di cui costituiscono la «proiezione». Ne consegue che la progressiva riduzione del finanziamento statale relativo alle suddette comunità montane non contrasta con la giurisprudenza di questa Corte in materia di autonomia finanziaria delle Regioni e degli enti locali. Al riguardo, va considerato che una sua costante giurisprudenza, formata prima della revisione costituzionale del Titolo V della parte seconda della Costituzione, con riferimento ad una Regione a statuto speciale, e recentemente ribadita con la sentenza n. 237 del 2009, ha affermato che «Dato il carattere strumentale e non essenziale delle comunità montane, non può ricavarsi dagli artt. 28 e 29 della legge n. 142 del 1990 (ora artt. 27 e 28 del d.lgs. n. 267 del 2000) un principio generale dell'ordinamento o una norma fondamentale di riforma economico-sociale in ordine alla loro istituzione e alla loro natura di enti necessari, che precluderebbe alla regione il potere rivolto alla loro soppressione; né il divieto di soppressione si potrebbe far derivare dalla indefettibilità delle funzioni necessarie all'attuazione dei programmi e al perseguimento degli obiettivi di sviluppo delle zone montane stabiliti da atti dell'Unione europea e da leggi dello Stato; funzioni, queste ultime, che ben possono essere allocate altrimenti, in base alle particolarità delle situazioni locali, apprezzate dal legislatore regionale nell'esercizio discrezionale del suo potere legislativo in tema di "ordinamento degli enti locali"» (sentenza n. 229 del 2001). Conclusivamente, con riferimento a questa specifica doglianza, non può che ribadirsi quanto precisato nella più volte citata sentenza n. 237 del 2009, vale a dire che la disposizione in esame costituisce «effettivamente espressione di principi fondamentali della materia del coordinamento della finanza pubblica. [...]. Ciò in quanto il [suo] scopo è quello di contribuire, su un piano generale, al contenimento della spesa pubblica corrente nella finanza pubblica allargata e nell'ambito di misure congiunturali dirette a questo scopo nel quadro della manovra finanziaria».

3.- La seconda questione sollevata dalla Regione Liguria è relativa alla previsione di un criterio altimetrico come unico riferimento per stabilire le modalità e i destinatari della riduzione dei trasferimenti. Detto criterio, a parere della ricorrente, sarebbe del tutto irragionevole poiché non dipenderebbero dalla mera altimetria «le condizioni di maggiore o minore isolamento, di maggiore o minore difficoltà di comunicazione ed ogni altra condizione che possa suggerire di sostenere determinate comunità». Tale irragionevolezza si riverbererebbe sull'esercizio dei poteri spettanti alla Regione in materia di comunità montane ex art. 117, quarto comma, Cost. e art. 27 decreto legislativo n. 267 del 2000. La questione è fondata. La censura svolta dalla Regione è strettamente connessa con quella relativa ai commi da 17 a 22 dell'art. 2 della legge n. 244 del 2007 (legge finanziaria per l'anno 2008) in tema di comunità montane. Nella precedente legge finanziaria il legislatore statale aveva disposto che le Regioni, con proprie leggi, procedessero ad un riordino della disciplina delle comunità montane ad integrazione di quanto previsto dall'articolo 27 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, in modo da ridurre, a regime, la spesa corrente per il loro funzionamento

(art. 2, comma 17, della legge finanziaria per l'anno 2008). Le Regioni, nelle leggi di riordino, dovevano tener conto di alcuni criteri, indicati nel comma 18 dell'art. 2 della medesima legge finanziaria 2008, che venivano definiti «principi fondamentali». Tali norme sono state oggetto del giudizio di costituzionalità conclusosi con la sentenza n. 237 del 2009 e sono state ritenute immuni dai vizi denunciati in quanto riconducibili alla materia del coordinamento della finanza pubblica e rispondenti ai requisiti che la giurisprudenza costituzionale richiede alle norme statali che fissano i relativi principi. In particolare la Corte, affrontando la questione relativa al citato comma 18 dell'art. 2 della legge finanziaria per l'anno 2008, ha affermato che «il legislatore statale, con il predetto comma, in funzione dell'obiettivo di riduzione della spesa corrente per il funzionamento delle comunità montane, e senza incidere in modo particolare sull'autonomia delle Regioni nell'attuazione del previsto riordino, si limita a fornire al legislatore regionale alcuni «indicatori» che si presentano non vincolanti, né dettagliati, né autoapplicativi e che tendono soltanto a dare un orientamento di massima alle modalità con le quali deve essere attuato tale riordino». Tra i suddetti «indicatori» vi era anche quello altimetrico che, dunque, è stato ritenuto non costituzionalmente illegittimo solo in quanto espresso in modo generico, non vincolante e tendente a dare un orientamento di massima al riordino. La previsione, viceversa, di un criterio altimetrico rigido, quale quello individuato dall'art. 76, comma 6-bis, come strumento per attuare la riduzione dei trasferimenti erariali diretti alle comunità montane esorbita dai limiti della competenza statale e viola l'art. 117 Cost. Si impone, pertanto, la declaratoria di illegittimità costituzionale della citata disposizione nella parte in cui prevede che le comunità destinatarie della riduzione devono prioritariamente essere individuate tra quelle che si trovano ad una altitudine media inferiore a settecentocinquanta metri sopra il livello del mare.

4.- La Regione Liguria, infine, solleva una terza questione avente ad oggetto l'attuazione delle prescrizioni contenute nel comma 6-bis dell'art. 76 tramite un decreto del Ministro dell'interno, da adottare di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, senza la compartecipazione delle Regioni, lamentando la violazione del principio di leale collaborazione. La questione è fondata. Come si è detto, alle comunità montane è stata attribuita la natura giuridica di ente autonomo, quale «proiezione dei comuni che ad essa fanno capo» o di «unioni di comuni, enti locali costituiti fra comuni montani» (sentenza n. 244 del 2005) e si è stabilito che spetta alle Regioni in via residuale, ai sensi del quarto comma dell'art. 117 Cost., la competenza legislativa in ordine alla loro disciplina, salva la possibilità di ricondurre ai principi di coordinamento della finanza pubblica quelle norme dettate per il contenimento della spesa pubblica. Pertanto, pur riconoscendosi come adeguato il livello di governo scelto dal legislatore, è necessario il pieno coinvolgimento delle Regioni nella individuazione dei criteri da adottare per la realizzazione della riduzione del fondo da destinare alle comunità montane, esistendo, come sostiene la Regione, una connessione indissolubile tra i problemi del finanziamento e i problemi della stessa esistenza ed articolazione delle comunità montane. La disposizione deve essere pertanto dichiarata illegittima nella parte in cui non prevede per l'emanazione del decreto non regolamentare di attuazione, finalizzato all'attuazione della riduzione dei trasferimenti erariali alle comunità montane, lo strumento dell'intesa con la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 (Definizione ed ampliamento delle attribuzioni della Conferenza permanente per i rapporti tra lo

Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano ed unificazione, per le materie ed i compiti di interesse comune delle regioni, delle province e dei comuni, con la Conferenza Stato-città ed autonomie locali).

P.Q.M.

La Corte Costituzionale riservata a separate pronunce ogni decisione sulle ulteriori questioni di legittimità costituzionale del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 113, proposte dalla Regione Liguria con il ricorso indicato in epigrafe; *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 76, comma 6-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 113, nella parte in cui prevede che «i destinatari della riduzione, prioritariamente, devono essere individuati tra le comunità che si trovano ad una altitudine media inferiore a settecentocinquanta metri sopra il livello del mare»; *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 76, comma 6-bis, del decreto-legge n. 112 del 2008 nella parte in cui non prevede che all'attuazione del medesimo comma si provvede con decreto del Ministro dell'interno, da adottare di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze «d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 (Definizione ed ampliamento delle attribuzioni della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano ed unificazione, per le materie ed i compiti di interesse comune delle regioni, delle province e dei comuni, con la Conferenza Stato-città ed autonomie locali)»; *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale del medesimo art. 76, comma 6-bis, del decreto-legge n. 112 del 2008 avente ad oggetto la riduzione dell'importo di 30 milioni di euro per ciascuno degli anni 2009, 2010 e 2011, dei trasferimenti erariali a favore delle comunità montane promossa, in riferimento agli artt. 117, quarto comma, e 119 della Costituzione, dalla Regione Liguria con il ricorso indicato in epigrafe.
(... *Omissis*...).

(1-3) La riduzione dei finanziamenti erariali alle Comunità montane e il complesso rapporto Stato-Regioni tra competenza concorrente e competenza residuale.

Sommario: 1. *La riduzione dei finanziamenti erariali alle comunità montane e le questioni sul tappeto.* - 2. *La competenza residuale della Regione sulla disciplina delle comunità montane e il coordinamento della finanza pubblica: due competenze sul filo del rasoio.* - 3. *Considerazioni conclusive.*

1. La riduzione dei finanziamenti erariali alle Comunità montane e le questioni sul tappeto.

La Regione Liguria, con il ricorso n. 72 del 2008, ha sollevato diverse questioni di legittimità costituzionale, tutte afferenti al d.l. n. 112/2008 (conv., con modifiche nella l. n. 113/2008), alcune delle quali sono state riservate a separate pronunce(1), mentre altre, decise con la sentenza in esame, si sono concentrate solo sul comma 6-bis dell'art. 76 del d.l.

n. 112/2008, aggiunto solo in sede di conversione.

Una prima questione di legittimità costituzionale ha avuto ad oggetto la decurtazione dei trasferimenti erariali a favore delle comunità montane che, se sommata alla precedente riduzione già operata con la “legge finanziaria 2008”, sarebbe stata, ad avviso della ricorrente, tale da compromettere l’esercizio delle funzioni regionali. Ad avvalorare questa tesi, d’altra parte, si è poi aggiunto che il d.l. n. 112/2008 non prevedeva altri strumenti con i quali le stesse Regioni avrebbero potuto rimediare alla situazione venutasi a determinare con la decurtazione ma la Corte costituzionale, con un rigetto secco, ha rilevato, già in via preliminare, la mancata dimostrazione della reale insufficienza dei mezzi finanziari atti a far fronte ai compiti regionali(2). *Ad abundantiam*, ha poi inoltre sottolineato che, come già chiarito in proprie precedenti pronunce, la disciplina delle comunità montane è affidata in via residuale ed esclusiva alla competenza regionale ai sensi dell’art. 117, comma 4, Cost., motivo per il quale deve essere la Regione, insieme ai Comuni (di cui le comunità montane costituiscono la proiezione) a provvedere al loro finanziamento, ai sensi dell’art. 119 Cost. Del resto, sempre ad avviso della Corte, l’autonomia finanziaria delle Regioni e degli enti locali, non può dirsi lesa da una disposizione, quella impugnata, che non è altro che “espressione dei principi fondamentali della materia del coordinamento della finanza pubblica” e che ha dunque il precipuo scopo di contribuire al contenimento della spesa pubblica.

Le medesime ragioni che hanno condotto alla non fondatezza della citata questione di legittimità, sono state però, in ultima analisi, alla base dell’accoglimento delle altre due questioni di legittimità sollevate, la competenza residuale delle Regioni relativamente alla disciplina delle comunità montane essendo stata posta a fondamento dell’esorbitanza della ora richiamata potestà legislativa concorrente.

La prima prospettazione è stata mossa dal presupposto che la previsione di un criterio altimetrico per stabilire le modalità e i destinatari della riduzione dei trasferimenti fosse appunto invasiva della potestà legislativa conferita alle Regioni ex art. 117, comma 4, Cost., e la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità della norma *in parte de qua*, precisando che, pur essendosi già pronunciata, nella recente sent. n. 237/2009, favorevolmente circa la previsione di un criterio altimetrico così come individuato nella legge finanziaria per il 2008, perché assunto a mero “indicatore”, espresso in modo generico, non vincolante e comunque tendente a dare un mero orientamento di massima alle modalità con il quale il riordino delle comunità montane doveva essere attuato da parte regionale, nel caso in esame esso era determinato in modo rigido e, conseguentemente, esorbitava dalle competenze statali in materia di coordinamento della finanza pubblica, violando quindi l’art. 117, comma 4, Cost.

Allo stesso modo, lamentandosi da parte ricorrente la violazione del principio di leale collaborazione per la mancata presa in considerazione delle Regioni nell’attuazione delle prescrizioni disposte dalla stessa norma impugnata, che si limitava invece a prevedere l’emanazione di un decreto del Ministro dell’interno, adottato di concerto con il Ministro dell’economia e delle Finanze, la Corte costituzionale, con un intervento additivo, ha identificato nell’intesa con la Conferenza unificata Stato - Regioni (di cui all’art. 8 del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281), lo strumento più idoneo a soddisfare la necessaria esigenza del pieno coinvolgimento delle Regioni in questa delicata operazione di riduzione dei finanziamenti.

2. La competenza residuale della Regione sulla disciplina delle comunità montane e il coordinamento della finanza pubblica: due competenze sul filo del rasoio.

Le stimolanti questioni poste sul tappeto e risolte dalla Corte costituzionale nel senso sopra indicato, offrono lo spunto per fare qualche ulteriore considerazione sulle due competenze legislative che più volte sono state richiamate nella sentenza in esame ma anche in altre importanti decisioni, quasi come uno specchietto per le allodole, per dare ragione ora allo Stato, nell’esercizio della propria competenza concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica, ora alla Regione, nell’esercizio della propria competenza residuale in materia di disciplina delle comunità montane, avvedendoci come esse siano ineluttabilmente intrecciate e quindi sempre poste, si passi l’espressione, “sul filo del rasoio”.

Il fatto che la competenza a disciplinare in via residuale ed esclusiva le comunità montane sia posta in capo alle Regioni è ormai un orientamento consolidato nella più recente giurisprudenza costituzionale. La Consulta, in tutte le occasioni, successive alla riforma costituzionale del 2001, in cui è stata chiamata a fare chiarezza sul ruolo di queste particolari tipologie di enti locali all’interno del sistema delle autonomie, le ha, in primo luogo, definite come enti locali autonomi o, meglio ancora, come “unioni di comuni” creati “in vista della valorizzazione delle zone montane, allo scopo di esercitare, in modo più adeguato di quanto non consentirebbe la frammentazione dei comuni montani, «funzioni proprie», «funzioni conferite» e «funzioni comunali»”, aggiungendo pure che, pur non essendo enti necessari di rilevanza costituzionale, hanno una propria autonomia statutaria e regolamentare(3) che li rende autonomi sia dalla Regione sia dai Comuni. Proprio in virtù di queste caratteristiche, la paventata ipotesi che la disciplina rientrasse nella competenza legislativa esclusiva di cui all’art. 117, comma 2, lett. p), è stata recisamente sconsigliata, ritenendosi il precetto costituzionale tassativo e non suscettibile di interpretazione estensiva e/o analogica, ragione che ha necessariamente condotto a sostenere, *a contrario*, la competenza residuale regionale sul punto(4).

D’altra parte, è altrettanto consolidato l’orientamento secondo cui il legislatore statale può dettare, ai sensi dell’art. 117, comma 3, Cost., una “disciplina di principio” che imponga agli enti autonomi, per ragioni di coordinamento finanziario connesse ad obiettivi nazionali ed eventualmente condizionate da obblighi comunitari, vincoli alle politiche di bilancio che si traducano, pressoché inevitabilmente, in limitazioni indirette all’autonomia di spesa degli enti. Perché venga rispettata l’autonomia regionale, secondo il disegno tracciato dalla citata potestà concorrente, la disciplina di principio deve però stabilire solo un “limite complessivo, che lasci agli enti stessi ampia libertà di allocazione delle risorse fra i diversi ambiti e obiettivi di spesa”(5). Più precisamente, detti principi devono avere, quali requisiti essenziali, quello di “porre obiettivi di riequilibrio della finanza pubblica, intesi anche nel senso di un transitorio contenimento complessivo, sebbene non generale, della spesa corrente” e quello di non prevedere “strumenti o modalità per il perseguimento dei suddetti obiettivi”(6). La materia del “coordinamento della finanza pubblica”, quale maggior espressione della finalità del contenimento della spesa pubblica corrente, può dunque, nel rispetto del rapporto tra normativa di principio e normativa di dettaglio, arrivare a

incidere pure sulla potestà residuale regionale e sulla sua autonomia finanziaria(7).

In ultima analisi, e per citare un precedente della Corte costituzionale di gran lunga analogo a quello in esame(8), "l'ordinamento delle comunità montane non costituisce l'oggetto principale della normativa statale in esame, ma rappresenta il settore in cui devono operare strumenti e modalità per pervenire alla prevista riduzione della spesa pubblica corrente; riduzione cui è strumentalmente ancorato il divisato riordino degli organismi in questione".

Ricordando, infatti, come nel districarsi fra diverse competenze legislative si debba far buon uso dell'ormai noto principio di prevalenza(9), si giustifica quindi "l'invasione" di una normativa di principio nel campo di competenza esclusiva-residuale propria delle Regioni. E questa invasione, come rilevato da una parte della dottrina(10), assimila, almeno quanto all'estensione, una materia di competenza concorrente a una "materia esclusiva trasversale", riducendo all'osso lo spazio di autonomia politica del legislatore regionale, tanto che alcuni sono arrivati a prendere in considerazione l'idea di una "svolta neo-centralistica" della più recente giurisprudenza costituzionale sul riparto delle materie(11).

3. Considerazioni conclusive.

Se questo è il quadro all'interno del quale dobbiamo inserire la sentenza in esame, possiamo però rilevare che, nonostante anche in questa occasione siano stati ribaditi i principi sopra richiamati per quel che concerne il particolare rapporto tra la competenza legislativa concorrente nella materia del coordinamento finanziario da una parte e la competenza regionale residuale in ordine alla disciplina delle comunità montane dall'altra, il sindacato di legittimità costituzionale della Corte costituzionale è stato esercitato in modo particolarmente rigoroso, come dimostra l'accoglimento di due delle questioni prospettate dalla Liguria.

Deve peraltro avvertirsi che, proprio mentre si scrive, è stato depositato un nuovo ricorso della Regione(12) che, sostanzialmente, riprende gli stessi motivi di diritto già espressi nel ricorso deciso con la sentenza in esame, questa volta però per impugnare l'art. 2, comma 187, della legge finanziaria 2010, la quale dispone la cessazione del concorso statale al finanziamento delle Comunità montane e, al contempo, prevede che, nelle more dell'attuazione della l. 5 maggio 2009, n. 42, il trenta per cento delle risorse finanziarie devoluto alle comunità montane ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, sia assegnato ai comuni montani - questi ultimi essendo intesi come quei comuni in cui almeno il settantacinque per cento del territorio si trova al di sopra dei 600 metri sopra al livello del mare - e ripartito tra gli stessi con decreto del Ministero dell'Interno, senza alcuna partecipazione della Conferenza unificata Stato-Regione. In attesa della nuova pronuncia della Corte costituzionale sull'argomento, i cui esiti sembrano in parte già tracciati dalla sentenza in commento, si auspica in ogni caso che la Corte prosegua il percorso ora intrapreso all'insegna di uno *strict scrutiny*, al fine di garantire la potestà residuale della Regione da una "invadente" competenza concorrente.

Francesca Bailo

Note:

(1) Al proposito cfr. Corte cost., ord. 30 dicembre 2009, n. 342, in *Consulta On Line* (all'indirizzo <http://www.giurcost.org>), con cui è stata di-

chiarata l'inammissibilità della questione di legittimità dell'art. 26, comma 2, del d.l. n. 112/2008, così come modificato dalla l. di conv. n. 113/2008 per la carenza della sussistenza di un carattere effettivamente e plausibilmente controverso; Id., sent. sent. 15 gennaio 2010, n. 10, ivi, con osservazioni di A. Ruggeri, "Livelli essenziali" delle prestazioni relative ai diritti e situazioni di emergenza economica, ibidem (per gentile concessione del *Forum di Quaderni Costituzionali*), con cui sono state decise nel senso della non fondatezza le questioni di legittimità costituzionale relative all'art. 81, commi 9, 30 e da 32 a 37 del d.l. n. 112/2008, così come modificato dalla l. di conv. n. 113/2008; Id., sent. 26 marzo 2010, n. 121, ibidem, che ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 11, commi 3, 4, 5, 8 e 9 del d.l. n. 112/2008, così come modificato dalla l. di conv. n. 113/2008, per non avere la Regione Liguria specificato i profili d'illegittimità costituzionale delle singole norme impugnate, aventi un diverso contenuto e quindi non riducibili a unità; Id., sent. 14 maggio 2010, n. 176, ibidem, che ha invece accolto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 2, del d.l. n. 112/2008, così come modificato dalla l. di conv. n. 113/2008. Altre questioni di legittimità costituzionale prospettate sono ancora *sub iudice*.

(2) In questo senso cfr. anche Corte cost., sent. 20 novembre 2009, n. 298, in *Consulta On Line*, cit.

(3) Al proposito cfr. infatti l'art. 4, comma 5, della l. 5 giugno 2003, n. 131, di attuazione del Titolo V della Costituzione, così come riformato dalla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

(4) Per una prima abbozzata configurazione delle comunità montane nel sistema delle autonomie, cfr. Corte cost., sent. 6 luglio 2001, n. 229, in *Consulta On Line*, cit., decisione che però è di poco antecedente alla riforma del Titolo V e che comunque è relativa a un giudizio di legittimità in via principale in cui era coinvolta, in veste di resistente, una Regione a statuto speciale. Più recentemente, e con maggior fermezza, cfr. poi Id., sent. 24 giugno 2005, n. 244, ivi, con osservazioni di G.U. Rescigno, *Sul fondamento (o sulla mancanza di fondamento) costituzionale delle Comunità montane*, in *Giur. cost.*, 2005, 2120 ss.; S. Mangiameli, *Titolo V, ordinamento degli enti locali e Comunità montane*, ibidem, 2122 ss.; C. Mainardis, *La Corte costituzionale interviene sulla legge La Loggia*, in *Consulta On Line*, cit. (per gentile concessione del *Forum di Quaderni costituzionali*); Id., sent. 23 dicembre 2005, n. 456, in *Consulta On Line*, cit., con osservazioni di T.F. Giupponi, *Le comunità montane tra legislazione statale, legislazione regionale e autonomia locale: il regime delle incompatibilità*, ibidem; Id., sent. 28 dicembre 2005, n. 465, ibidem, con osservazione di L. Fiorillo, *Progressione di carriera e necessità della procedura concorsuale: un orientamento ormai consolidato della Consulta anche dopo la privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in *Giur. cost.*, 2005, 4978 ss. Da ultimo cfr. Id., sent. 1° dicembre 2006, n. 397, in *Consulta On Line*, cit., con osservazioni di R. Dickmann, *La Corte precisa i limiti dei controlli sostitutivi sulle comunità montane*, in *Federalismi*, 2007, 1, all'indirizzo <http://www.federalismi.it>; E. C. Raffiotta, *A proposito dei poteri sostitutivi esercitati nei confronti delle comunità montane*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, cit.; Id., sent. 24 luglio 2009, n. 237, in *Consulta On Line*, cit., con osservazioni di F. Rinaldi, *Quando è preferibile pareggiare la partita invece di vincerla. La sent. 237/2009 della Corte costituzionale in tema di comunità montane*, ibidem; G. Di Cosimo, *C'erano una volta le materie residuali*, ibidem; G.C. De Martin e M. Di Folco, *Un orientamento opinabile della giurisprudenza costituzionale in materia di comunità montane*, in *Giur. cost.*, 2009, 2970 ss.; A. Sterpa, *Dai "principi fondamentali" agli "indicatori": nuove dinamiche nei rapporti tra legge statale e legge regionale (Osservazioni a prima lettura a Corte cost., sent. 24 luglio 2009, n. 237)*, in *Federalismi*, 2009, n. 17, cit.

(5) In questo senso cfr. Corte cost., sent. 17 maggio 2007, n. 169, in *Consulta On Line*, con osservazioni di F. Leotta, *L'autonomia finanziaria di spesa degli enti territoriali al vaglio della Corte costituzionale: i vincoli posti dalla legge finanziaria 2006 alle indennità di carica dei titolari degli organi politici regionali ed alle spese per il personale degli enti territoriali e del servizio sanitario (nota alle sentt. 8 maggio 2007, n. 157 e 17 maggio 2007, n.*

169), *ibidem*, e di A. Brancasi, *La controversa, e soltanto parziale, continuità nella giurisprudenza costituzionale sul coordinamento finanziario*, in *Giur. cost.*, 2007, 1648 ss.

(6) In questo senso cfr. ancora Corte cost., sent. n. 169/2007, cit.; *Id.*, sent. 24 aprile 2008, n. 120, in *Consulta OnLine*, cit.; *Id.*, sent. 18 luglio 2008, n. 289, *ibidem*, con osservazioni di A. Brancasi, *Continua l'irrestabile cammino verso una concezione statalista del coordinamento finanziario*, *ibidem*.

(7) Recentemente cfr. anche Corte cost., sent. 20 maggio 2008, n. 159, in *Consulta OnLine*, cit.

(8) Il richiamo è alla sent. n. 237/2009, cit.

(9) Al proposito cfr. peraltro R. Bin, *Prevalenza senza criterio*, in *Le Regioni*, 2009, 619, il quale sottolinea tra l'altro come il criterio della prevalenza "non opera mai a favore delle regioni". Per una breve rassegna delle poche ipotesi in cui, al contrario, il criterio ha visto prevalere la Regione cfr. G. Di Cosimo, *Materie (riparto di competenze)*, *Dig. disc. pubbl.*, aggiorn. III, Torino, 2008, nota 46.

(10) Il riferimento è a G. Di Cosimo, *C'erano una volta le materie residuali*, cit., 4-5.

(11) In questo senso cfr. G. Di Cosimo, *C'erano una volta le materie residuali*, cit., 5, e S. Parisi, *Potestà residuale e «neutralizzazione» della riforma del Titolo V*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, vol. III, Napoli, 2008, 1597 ss., che parla di "centralismo di ritorno" e di "lettura statocentrica del catalogo delle competenze".

(12) Il riferimento è, in particolare, al ricorso n. 32 del 26 novembre 2010, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 13 del 31 marzo c.a. Analogamente cfr. anche il ricorso, di pari data, depositato dalla Regione Calabria.

Corte Costituzionale, 15 aprile 2010, n. 134 - Pres. Ammirante - Red. Saulle.

STRANIERO - immigrazione - competenza legislativa esclusiva statale - centri di identificazione ed espulsione (CIE) - legge regionale ligure impeditiva dell'istituzione nel territorio della Regione di centri di identificazione ed espulsione - invasione della competenza legislativa statale - illegittimità costituzionale.

(Costituzione art. 117, 2 co. lett. b); L.R. 6 marzo 2009, n. 4, art. 1)

STRANIERO - immigrazione - competenza legislativa esclusiva statale - possibilità per la legge regionale di disciplinare solo ambiti di competenza concorrente e residuale delle Regioni connessi al fenomeno dell'immigrazione (come il diritto allo studio o all'assistenza sociale).

(Costituzione art. 117, 2 co. lett. b); L.R. 6 marzo 2009, n. 4, art. 1)

È costituzionalmente illegittima, per violazione dell'art. 117 comma secondo lett. b) della Costituzione, la legge regionale della Liguria n. 4 del 2009 nella parte in cui afferma la "manifesta indisponibilità della regione Liguria ad avere sul proprio territorio centri di identificazione ed espulsione di cittadini stranieri immigrati", poiché, l'istituzione di detti centri è di competenza esclusiva statale, trattandosi di aspetti che attengono alla programmazione dei flussi di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari nel territorio nazionale. (1)

Pur essendo la materia dell'immigrazione di competenza esclusiva dello Stato ex art. 117 comma secondo lett. b) della Costituzione, residua in capo alle Regioni la regolamentazione di altri ambiti, quali il diritto allo studio o all'assistenza sociale, di competenza concorrente e residuale connessi al fenomeno dell'immigrazione. (2)

(... *Omissis*...)

1. - Considerato in diritto.

Con il ricorso in epigrafe, il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge della Regione Liguria 6 marzo 2009, n. 4, recante «Modifiche alla legge regionale 20 febbraio 2007, n. 7 (Norme per l'accoglienza e l'integrazione sociale delle cittadine e dei cittadini stranieri immigrati)», per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera b), della Costituzione.

La norma impugnata, nel modificare l'art. 1, comma 4, della citata legge regionale n. 7 del 2007, ha aggiunto agli obiettivi da realizzare a favore dei cittadini stranieri immigrati quello di «eliminare ogni forma di razzismo o discriminazione, anche attraverso la manifesta indisponibilità della Regione Liguria ad avere sul proprio territorio strutture o centri in cui si svolgono funzioni preliminari di trattamento e identificazione personale dei cittadini stranieri immigrati, al fine di garantire una sinergica e coerente politica di interscambio culturale, economico e sociale con i popoli della terra, nel rispetto della tradizione del popolo ligure e della sua cultura di integrazione multietnica».

Il ricorrente assume che tale disposizione si pone in contrasto con l'art. 117, secondo comma, lettera b), della Costituzione, nella parte in cui in cui afferma la «indisponibilità della Regione Liguria ad avere sul proprio territorio strutture o centri in cui si svolgono funzioni preliminari di trattamento e identificazione personale dei cittadini stranieri immigrati», in quanto disciplina aspetti che attengono alla materia immigrazione, impedendo in tal modo le attività di competenza statale di controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale.

2. - La questione è fondata.

I centri di identificazione ed espulsione (CIE) sono previsti dall'art. 14 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) e sostituiscono, per effetto dell'art. 9 del d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (convertito in legge, dalla legge 24 luglio 2008, n. 125), gli originari centri di permanenza temporanea ed assistenza.

Tali strutture sono destinate al trattenimento, convalidato dal giudice di pace, degli stranieri extracomunitari irregolari e si propongono di evitare la loro dispersione sul territorio e, quindi, di consentire l'esecuzione dei provvedimenti di espulsione.

L'art. 14, comma 1, stabilisce, in particolare, che i centri di identificazione e di espulsione sono individuati o costituiti «con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con i Ministri per la solidarietà sociale e del tesoro, del bilancio e della programmazione economica».

Il successivo comma 2, con specifico riferimento alle condizioni che devono essere assicurate presso tali strutture, statuisce che «Lo straniero è trattenuto nel centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza ed il pieno rispetto della sua dignità. Oltre a quanto previsto dall'articolo 2, comma 6, è assicurata in ogni caso la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno».

Da quanto sopra si evince che la costituzione e l'individuazione dei CIE attengono ad aspetti direttamente riferibili alla competenza legislativa esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera b), della Costituzione, in quanto le suddette strutture sono funzionali alla disciplina che regola il flusso migratorio dei cittadini extracomunitari nel territorio nazionale.

La norma impugnata, nel negare la possibilità di istituire nel territorio ligure i centri di identificazione ed espulsione, ha, dunque, travalicato le competenze legislative regionali.

Se, infatti, deve essere riconosciuta la possibilità di interventi le-

giudicativi delle Regioni con riguardo al fenomeno dell'immigrazione, per come previsto dall'art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 286 del 1998 - secondo cui «Nelle materie di competenza legislativa delle Regioni, le disposizioni del presente testo unico costituiscono principi fondamentali ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione» - tuttavia, tale potestà legislativa non può riguardare aspetti che attengono alle politiche di programmazione dei flussi di ingresso e di soggiorno nel territorio nazionale, ma altri ambiti, come il diritto allo studio o all'assistenza sociale, attribuiti alla competenza concorrente e residuale delle Regioni (sentenze n. 50 del 2008 e n. 156 del 2006). In conformità con tali indirizzi questa Corte, proprio con riferimento ai centri di permanenza temporanea, ora centri di identificazione e di espulsione, ha dichiarato legittima una norma regionale che attribuiva alla Regione compiti di osservazione e monitoraggio del funzionamento dei suddetti centri, in quanto non contenente una disciplina in contrasto con quella statale che li ha istituiti, limitandosi «a prevedere la possibilità di attività rientranti nelle competenze regionali, quali l'assistenza in genere e quella sanitaria in particolare, peraltro secondo modalità (in necessario previo accordo con le prefetture) tali da impedire comunque indebite intrusioni» (sentenza n. 300 del 2005).

Conseguentemente, l'art. 1 della legge della Regione Liguria n. 4 del 2009 deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui afferma la «indisponibilità della Regione Liguria ad avere sul proprio territorio strutture o centri in cui si svolgono funzioni preliminari di trattamento e identificazione personale dei cittadini stranieri immigrati».

P.Q.M. la Corte Costituzionale

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge della Regione Liguria 6 marzo 2009, n. 4, recante «Modifiche alla legge regionale 20 febbraio 2007, n. 7 (Norme per l'accoglienza e l'integrazione sociale delle cittadine e dei cittadini stranieri immigrati)», nella parte in cui afferma la «indisponibilità della Regione Liguria ad avere sul proprio territorio strutture o centri in cui si svolgono funzioni preliminari di trattamento e identificazione personale dei cittadini stranieri immigrati». (... Omissis...).

(1-2) La regolamentazione dei centri di identificazione ed espulsione spetta alla competenza esclusiva del legislatore statale.

Sommario: 1. *La modifica legislativa alla legge regionale 7/2007* - 2. *L'orientamento della Consulta nelle controversie tra Stato e Regioni in materia di immigrazione.*

1. La modifica legislativa alla legge regionale 7/2007.

La sentenza in esame nasce dal ricorso presentato dal Governo avverso la modifica introdotta, con la l.r. 4/2009, alla legge regionale ligure recante «Norme per l'accoglienza e l'integrazione sociale delle cittadine e dei cittadini stranieri immigrati» (la L.r. 7/2007), nella misura in cui afferma «la manifesta indisponibilità della regione Liguria ad avere sul proprio territorio strutture o centri in cui si svolgono funzioni preliminari di trattamento e identificazione personale dei cittadini stranieri immigrati».

La finalità dell'intervento legislativo enunciata espressamente dal seguito della norma, consistente nel «*garantire una sincera e coerente politica di interscambio culturale, economico e sociale con i popoli della terra, nel rispetto della tradizione del popolo ligure e della sua cultura multi etica*», sembrerebbe inserita *ad hoc* come risposta alle diverse questioni sollevate dall'opposizione consiliare che ha fortemente osteggiato la detta modifica.

La scelta del legislatore ligure è di certo un *unicum* nel pano-

rama regionale: tra le Regioni che hanno legiferato in tema di integrazione degli immigrati, nessuna ha espresso una posizione di rifiuto o come enuncia il dettato normativo di «indisponibilità» in relazione alla costituzione di centri di identificazione ed espulsione (di seguito CIE).

Tuttavia, tale ostilità non è una novità emersa alla fine del mandato della giunta precedente, ma è ben presente anche agli inizi del 2005 (1), all'indomani dell'entrata in vigore della legge Bossi-Fini (l. 189 del 2002), in relazione agli *ex* Centri di permanenza temporanea (CTP), che solo recentemente con il decreto legge n. 92, convertito in legge 24 luglio 2008, n. 125, hanno assunto la denominazione di «Centri di identificazione ed espulsione» (CIE), senza tuttavia mutare nella sostanza che rimane appunto di detenzione amministrativa.

La modifica legislativa *de qua*, approvata infine dal Consiglio regionale con 19 voti favorevoli e 10 contrari, ha costituito oggetto di dibattito acceso nella fase dell'*iter* legislativo (2) tra i consiglieri proponenti (3) che l'hanno difesa come «norma di principio», contributo alla difesa delle minoranze, denunciando i CIE come strumento inefficace per combattere l'immigrazione clandestina; e l'opposizione che non solo l'ha considerata come rinuncia al controllo clandestino e alla sicurezza dei cittadini liguri, ma ha messo in rilievo il difetto in capo alla Regione di competenza a legiferare in detta materia. Quindi, a parte le motivazioni di carattere più prettamente politico, emergono nel confronto anche quelle di natura strettamente giuridica: il carattere di norma di principio sostenuto dalla maggioranza e l'invasione della competenza legislativa statale lamentata da parte dell'opposizione. Tuttavia, mentre il secondo aspetto è espressamente trattato dalla Corte Costituzionale, il primo è del tutto omissis. Si noti che, benché detta disposizione sia stata inserita in un articolo rubricato «*principi e finalità*» e, in particolare, come specificazione dell'obbiettivo enunciato al co.4, lett. a) dell'art.1 della l.r.7/2007, cioè quello «*di eliminare ogni forma di razzismo e discriminazione*», difficilmente potrebbe essere considerata una norma di principio sia per il modo in cui essa è formulata, essendo l'enunciato espresso in negativo con l'ambigua locuzione «*manifesta indisponibilità*», sia per la situazione del tutto peculiare che contempla, ossia la costituzione su territorio ligure di centri di identificazione ed espulsione. In ogni caso, quand'anche la Corte l'avesse potuta ritenere una norma di principio, avrebbe avuto probabilmente difficoltà a farla salva a causa del rango della fonte, adottando una soluzione analoga a quella seguita in relazione ad alcune delle norme di principio dei nuovi statuti regionali - denunciate come incostituzionali, in quanto lesive della competenza statale, ma in realtà non considerate illegittime perché «*disposizioni programmatiche di valore culturale o politico*», senza alcun valore normativo- (4), appartenendo a fonti di grado differente, le une alle fonti regionali primarie, le altre di livello statutario.

Non è un caso che la stessa difesa della Regione, come emerge dalle considerazioni in diritto della sentenza, non contenga alcun cenno alla portata della norma, ma si soffermi piuttosto sulla *ratio* dell'intera legge, sottolineandone solo la finalità di «*integrazione dei cittadini non comunitari*».

2. L'orientamento della Consulta nelle controversie tra Stato e Regioni in materia di immigrazione.

Abbandonando le suggestioni evocate dall'*intentio* del legislatore, è bene concentrarsi sulla questione sollevata dallo Stato e sulla risposta della Consulta anche alla luce della sua giurisprudenza precedente.

Il ricorrente ravvisa nell'intervento del legislatore regionale un'invasione della competenza legislativa statale in materia di immi-

grazione, ex art. 117, 2co, lett b), e in particolare con le attività di controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio statale, in quanto l'art. 14 del T.U. in materia di immigrazione prevede che l'individuazione e la costituzione dei CIE sia demandata ad un decreto del Ministro dell'interno, da adottare di concerto con i Ministri per la solidarietà sociale e del tesoro.

La Corte ribadisce quanto affermato dallo Stato, sostenendo appunto la strumentalità dei CIE alla disciplina statale che regola il flusso migratorio dei cittadini extracomunitari, ricordando, tuttavia, che alle Regioni non sia precluso qualsiasi intervento legislativo, potendo esse intervenire, nel rispetto dei principi fondamentali dettati dallo Stato in materia (art.1, co.4, del d.lgs n. 286 del 1998), al fine di disciplinare altri aspetti quali il diritto allo studio e all'assistenza sociale (Corte Cost.50/2008 e 156/2006) o anche compiti di monitoraggio e osservazione degli stessi CIE (Corte Cost. 300/2005)(5).

Sulla base del dettato costituzionale che riserva allo Stato la potestà legislativa in materia di «diritto d'asilo e condizione giuridica dei cittadini degli Stati non appartenenti all'Unione Europea» e di «immigrazione», ai sensi dell'art.117, rispettivamente alla lett. a) e b)- materie tra le quali si crea peraltro una sorta di endiadi (6) per la mancanza di una specificazione da parte dell'interprete di cosa rientri nell'una e nell'altra- e sul fondamento di quanto previsto ancor prima dal T.U. in materia di immigrazione, la dottrina (7), supportata poi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, ha esplicitato lo spazio che residua in capo alle Regioni, distinguendo tra la c.d. «politica dell'immigrazione» di competenza esclusiva statale, che riguarda soprattutto il controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale e c.d. «politica per l'immigrazione» che lascia, invece, alle Regioni la possibilità di intervenire, da sola o in via concorrente con lo Stato, al fine di regolare aspetti quali la salute, il lavoro, l'abitazione, la formazione professionali, attinenti cioè alla condizione dei soggetti immigrati e degli stranieri extracomunitari richiedenti asilo.

Infatti, la legislazione regionale, disciplinando, a partire dagli anni 90', interventi a sostegno degli immigrati quasi in via sostitutiva di fronte all'inerzia statale (8), si è mossa soprattutto nel post riforma del titolo V, nel settore dell'integrazione degli immigrati, anche se in realtà, oltre la Liguria, solo Piemonte; Abruzzo; Emilia-Romagna; Puglia; Friuli-Venezia Giulia; Lazio; Marche; Toscana hanno legiferato con una legge *ad hoc* (9). Gli aspetti che comunemente sono stati regolati da tali leggi sono le politiche abitative, l'assistenza sanitaria, la protezione sociale, la tutela interculturale, l'istruzione e la formazione professionale. La leggi dell'Emilia Romagna (L.r. 5/2004) e del Friuli-Venezia Giulia (L.r. 5/2005), entrambe impugnate in alcune delle loro disposizioni dal Governo per supposta violazione dell'art. 117, secondo comma, lettere a) e b), della Costituzione, hanno superato indenni il giudizio della Corte costituzionale (10), rispettivamente nelle sentenze 300 del 2005 e 156 del 2006.

Nel primo caso, in cui è stato sottoposto al giudizio della Corte addirittura l'intero testo della legge dell'Emilia Romagna ed alcune specifiche disposizioni tra le quali in particolare l'art. 3, comma 4, lettera d), che prevede l'osservazione e il monitoraggio, «in raccordo con le Prefetture», del funzionamento dei centri di permanenza temporanea, la Consulta, ritenendo inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'intero testo di legge, chiarisce l'ambito delle competenze Stato-Regioni. I giudici costituzionali richiamano in primo luogo il «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione giuridica dello straniero», il dlgs n. 286 del 1998, e una serie di suoi articoli che mettono in risalto il ruolo delle Regioni in materia di im-

migrazione e tra i quali emergono l'art. 1 che definisce le proprie disposizioni come «principi fondamentali» ex art.117 Cost nelle materie di competenza legislativa delle Regioni a statuto ordinario, e come «norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica» nelle materie di competenza delle Regioni ad autonomia speciale; e una serie di articoli quali il 38, 40, 42 che prevedono specifiche competenze delle Regioni, spettanti peraltro ad esse in via concorrente o esclusiva a seguito della riforma del titolo V, e cioè istruzione, predisposizione di centri di accoglienza e accesso all'abitazione e di integrazione sociale, comprendente quest'ultimo attività di tipo sociale ed assistenziale. Il rinvio alla legge statale e il suo esame è, quindi nell'impianto della sentenza, funzionale ad individuare non solo la necessità di un coordinamento tra Stato e Regioni nell'esercizio di una «serie di attività pertinenti al fenomeno immigratorio e agli effetti sociali di quest'ultimo» disciplinate dalla legge statale, ma anche la riserva alla competenza diretta delle Regioni di alcuni ambiti («dall'assistenza sociale all'istruzione», «dalla salute all'abitazione») che esulano dal controllo sull'ingresso e sul soggiorno degli immigrati, ma che comunque necessitano di un intervento pubblico regolato (11). Per quanto poi riguarda in particolare la disposizione riguardante i CTP, essa viene fatta salva in quanto non ritenuta contrastante con la legge statale, limitandosi a disciplinare solo l'aspetto dell'assistenza sanitaria.

Nel secondo caso, invece, sono state sottoposte al vaglio di legittimità costituzionale disposizioni riguardanti solo «interventi per i minori stranieri non accompagnati» (art.16, co.3) e «lo svolgimento degli adempimenti istruttori relativi alle istanze di richiesta e rinnovo di permesso di soggiorno e di carta di soggiorno, di richiesta di nullaosta al ricongiungimento familiare, in accordo con le competenti strutture del Ministero dell'Interno» da parte dei servizi territoriali organizzati dai Comuni (art. 21, 1co, lett. f). Anche in questo caso, la Consulta, richiamando l'impianto del T.U. in materia di immigrazione e ancora una volta tra le altre disposizioni quelle riguardanti gli artt. 38, 40, 42, si è pronunciata nel senso della infondatezza della questione ritenendo che entrambe riguardino forme di assistenza di competenza regionali.

Diverso è invece l'impianto dell'ultima sentenza richiamata, la sent. 50 del 2008, che tocca tra i vari argomenti sempre il riparto tra Stato e Regioni in materia di immigrazione, in quanto non ha ad oggetto una legge regionale, ma nasce invece dal ricorso di due regioni Veneto e Lombardia per la lamentata violazione di diversi articoli tra cui l'art.117.2 lett b.) Cost, nei confronti di alcune disposizioni della legge finanziaria del 2007, e nello specifico dell'art.1, comma 1267 che istituisce un Fondo per l'inclusione sociale degli immigrati, finalizzandolo alla realizzazione di un piano per l'accoglienza degli alunni stranieri. La Corte, richiamando ancora una volta il T.U., nel suo art.42, la dichiara incostituzionale in quanto nel perseguire «una chiara finalità di politica sociale, prevedendo uno stanziamento di risorse finanziarie al fine di assicurare l'adozione delle suddette misure di assistenza», invade la competenza del legislatore regionale nella materia dei servizi sociali e istruzione. In questa pronuncia tra l'altro a differenza delle due precedenti, nelle quali si presupponeva il carattere trasversale (12) di entrambe le materie «immigrazione» e «condizione giuridica dello straniero» lasciando quindi uno spazio di intervento statale anche in ambiti di competenza concorrente o residuale della Regione - che si traduce in leale collaborazione tra Stato e Regioni qualora non ci sia un ambito materiale nettamente prevalente - sembrerebbe andare in segno opposto, limitandolo alla sola «programmazione di flussi di ingresso ovvero al soggiorno degli stranieri nel territorio nazionale» (13).

Il filo conduttore riscontrabile nella sentenza in esame e in quelle precedenti, appena richiamate, è il rinvio al testo unico in materia di immigrazione e in particolare alla ripartizione delle competenze Stato-Regioni così come fissato da alcune sue disposizioni. In realtà, fin dalla prima sentenza della Corte costituzionale del 2005, la dottrina (14), rilevando l'antioriorità del T.U. rispetto alla riforma del titolo V, ha criticato l'utilizzo del T.U. come argomento fondante della Corte al fine di giustificare interventi regionali in materia, e, interrogandosi sul rilievo delle disposizioni del T.U. su alcuni ambiti riservati, in seguito alla riforma del titolo V, alla competenza delle Regioni, ha ritenuto che le condizioni giuridiche fissate da T.U. figurino quali condizioni minime, ossia disposizioni che determinano i livelli essenziali delle prestazioni ex art. 117 lett. m.), rispetto alle quali le Regioni possono fissare solo condizioni più favorevoli.

Non si può ritenere che, nel caso di specie, la modifica alla legge ligure introduca delle condizioni più favorevoli, perché sebbene l'intento del legislatore fosse quello idealmente positivo di condanna dell'attuale situazione dei CIE spesso teatro di gravi violazioni dei diritti umani degli stranieri detenuti, non si traduce in un intervento migliorativo, non prevedendo delle prestazioni aggiuntive a favore degli immigrati, così come invece aveva fatto l'art. 3, comma 4, lettera d) delle legge dell'Emilia Romagna, fatto salvo nella sent. 300/2005, che attribuiva alle Regioni compiti di monitoraggio dei CTP funzionali all'assistenza sanitaria degli immigrati. Rispetto ai precedenti giurisprudenziali, espressamente menzionati dalla sentenza in esame, la soluzione della Corte è, nel caso in esame, molto più immediata perché non sussistono dubbi che l'istituzione dei CIE rientri nelle materie riservate alla competenza statale esclusiva. Sia il dispositivo della decisione in commento che i passaggi della motivazione sono chiari: la scelta riguardante l'istituzione dei CIE riguarda la politica degli ingressi degli immigrati; questo aspetto è espressamente affidato al legislatore statale in via esclusiva e la stessa legge statale prevede che l'istituzione sia affidata ad un decreto ministeriale; quindi, la legge regionale nella misura in cui si pone in contrasto con la legge statale, invadendo la competenza del legislatore statale, è incostituzionale.

Veronica Gaffuri

Note:

(1) La Liguria è una delle tredici Regioni che nel 2005 a Bari ha sottoscritto un documento programmatico volto ad avviare un confronto politico istituzionale per cambiare la legge sull'immigrazione e in particolare per chiudere i CTP e proporre un modello alternativo per l'accoglienza degli immigrati.

(2) Sul sito della regione Liguria (www.beta.regione.liguria.it) si vedano nell'archivio comunicati stampa dei gruppi consiliari l'intervento dell'on. Nesci n° 308/08 del 13 ottobre 2008 e nell'archivio comunicati stampa di assemblea e commissioni del consiglio la seduta del Consiglio n. 107 del 19 luglio 2005, n.383 del 2 dicembre del 2008, n. 72 del 2009, n. 75 del 25 febbraio 2009.

(3) Si tratta dei consiglieri Vincenzo Nesci, capogruppo di Rifondazione comunista, Giacomo Conti, appartenente allo stesso gruppo e Lorenzo Castè del gruppo Misto

(4) Si tratta delle seguenti sentenze della Corte Costituzionale: Corte cost., 2 dicembre 2004, n. 372 relative alle disposizioni statutarie della Toscana in materia di riconoscimento del diritto di voto agli immigrati residenti e delle forme di convivenza diverse dalla famiglia fondata sul matrimonio; Corte cost., 6 dicembre 2004, n.378 riguardante la disposizione statutaria dell'Umbria sempre in materia di tutela della convivenza e la sentenza 6 dicembre 2004, n. 379 concernente la disposizione statutaria del-

l'Emilia Romagna in materia di diritto di voto agli immigrati residenti.

(5) Corte cost. 22 luglio 2005, n. 300, in *Foro it.*, 2005, n. 1, c. 2617; Corte cost. 14 aprile 2006, n. 156, in *Foro it.*, 2006, n. 10, c. 2634; Corte cost. 7 dicembre 2006, n. 407, in *Foro it.*, 2007, n. 5, c. 1339; Corte cost. 7 marzo 2008, n. 50 in *Giur. cost.*, 2008, n. 1, 737.

(6) Subito dopo la riforma del titolo V della Costituzione la dottrina aveva tentato di riempire di contenuti diversi le due materie, "l'immigrazione" riguardante la disciplina dell'ingresso e del soggiorno dei cittadini "extracomunitari", distinguendo poi al suo interno il profilo dell'integrazione sociale, demandato alle Regioni; "la condizione giudica degli extracomunitari. Si veda a questo proposito il contributo di P. Bonetti, *Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale ed immigrazione nel nuovo art.117 Cost.*, in *Le Regioni*, 2002, 254. In realtà, anche dopo l'intervento della Corte costituzionale che interpreta come endiadi le materie, permangono voci discordi. Si veda a questo proposito il contributo di D. Strazzari, *L'immigrazione tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2006, il quale ritiene che la materia "condizione giudica dei cittadini di Stati non appartenenti all'UE" riguardi la disciplina dei diritti civili e sociali sia relativamente alla titolarità sia ai criteri e modi per il loro godimento che quindi spetterebbe allo Stato in modo completo, senza che sia consentito alcun autonomo intervento regionale.

(7) La distinzione, introdotta da T. Hammar, *Democracy and the Nation State*, Aldershot, Avebury, 1990, viene fatta propria unanimemente dagli studiosi italiani occupatisi della materia, tra i quali si ricordano A. Ruggeri - C. Salazar, "Ombre e nebbia" nel riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del titolo V, in M. Revenga Sanchez (a cura di), *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna*, Valencia, Giuffrè, 2005, 355 e T. Caponio, *Governo locale e immigrazione in Italia. Tra welfare e politiche di sviluppo*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2004, n. 5, 805.

(8) Per un'ampia ricostruzione degli interventi regionali si veda C. Corsi, *Immigrazione e ruolo degli Enti territoriali*, in *Dir. imm. e cittadinanza*, 2005, 36 nota 1.

(9) Si tratta rispettivamente delle leggi 46/1989; 46/2004; 5/2004; 32/2009 (che ha abrogato la 26/2000); 5/2005 (abrogata dall'art. 9 L.R. 9/2008); 10/2008; 13/2009; 29/2009.

(10) In realtà la Corte si era pronunciata anche precedentemente, ma senza intervenire in maniera organica sulla distribuzione di competenze tra Stato e Regioni in materia di immigrazione, salvando la legge Biagi in relazione al mantenimento in capo allo Stato delle funzioni amministrative relative alla "gestione dei flussi di entrata dei lavoratori non appartenenti all'Unione Europea e all'autorizzazione per attività lavorative all'estero" nella sent. 50/2005, e il d.l. 2002/195 in relazione alla legalizzazione del lavoro irregolare di extracomunitari nella sent. 201/2005.

(11) V. punto 5 del considerato in diritto della sent. 300/2005.

(12) P. Passaglia, in "Immigrazione" e "condizione giuridica" degli stranieri extracomunitari: la Corte costituzionale precisa i termini del riparto di competenza (...e torna sulla portata delle enunciazioni di principi contenute negli statuti), in *Foro it.*, 2006, c.351 ss, ha delineato il concetto di trasversalità in due aspetti: il coordinamento tra diversi livelli di governo (art.118, co.3); l'apertura verso interventi regionali. S. Micoli, *Immigrazione e riparto di competenze Stato-regioni: legittimi gli interventi normativi degli enti territoriali*: [nota a Corte cost. 7 luglio 2005 n. 300 e 5 aprile 2006 n. 156] in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2007, 372 ss, parla di ambiguità delle materie trasversali, in quanto lo Stato, attraverso un'interpretazione estensiva delle lettere a) e b), potrebbe rivendicare la competenza "astrattamente in riferimento ad ogni aspetto del vivere sociale che abbia a che vedere con un cittadino straniero".

(13) Si esprime in tal senso F. Biondi dal Monte, *La Corte costituzionale torna sui fondi statali vincolati, con alcune novità in materia di immigrazione*, in www.forumcostituzionale.it, par 5.

(14) D. Strazzari, *op. cit.*, par. 3; S. Micoli, *op. cit.*, 380 ss.

Sezione di diritto tributario

Massime

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. IX, 14 gennaio 2010, n. 3 - Pres. Canepa, Rel. Valerio.

ACCERTAMENTO - obiettivi condizioni incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione della norma tributaria - sussistenza - disapplicazione.

La persistente inosservanza degli obblighi contabili da parte della società accertata, quali la predisposizione degli inventari delle rimanenze al termine di ciascun esercizio, legittima i verificatori ad ampliare la loro azione di analisi anche ad anni precedenti a quello per il quale erano stati autorizzati, legittimando altresì la ricostruzione induttiva del reddito ai sensi dell'art. 39, c. 1, lett. d), D.P.R. n. 600/1973.

AN.GI.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. XII, 18 gennaio 2010, n. 10 - Pres. Canepa, Rel. Ceriale.

ACCERTAMENTO - chiusura operazioni di controllo - osservazioni del contribuente - obbligo di risposta da parte dell'Ufficio - inesistenza.

L'art. 12 della L. n. 212/2000 prevede la possibilità per il contribuente, entro sessanta giorni dalla chiusura delle operazioni di controllo, di presentare osservazioni, ma non prescrive alcun obbligo di risposta da parte dell'Ufficio (contra, Comm. Trib. Prov. Milano, Sez. I, 20 aprile 2009, n. 233, secondo cui la conoscenza puntuale ed analitica delle eccezioni formulate dal contribuente impone una presa di posizione dell'Ufficio sulle singole riprese, e non la semplice riproposizione del contenuto del PVC).

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. I, 29 gennaio 2010, n. 21 - Pres. Piazza - Rel. Lomazzo.

ACCERTAMENTO induttivo - contribuente in regime contabilità semplificata - valutazione rimanenze - legittimità.

RICARICO applicato - sconti praticati - antieconomicità - sussiste - ricarico - determinazione - campioni con ricarichi differenti - indicazione - onere del contribuente.

RICAVI - determinazione - ricorso al solo costo degli acquisti - legittimità.

I controlli eseguiti nei confronti di un contribuente in regime di contabilità semplificata non possono prescindere dalla corretta ricostruzione della situazione a magazzino, così da ottenere un'attendibile consistenza del costo del venduto su cui applicare la percentuale di ricarico praticata determinando l'entità dei ricavi conseguiti. In questa situazione, pertanto, la mancata esibizione delle distinte delle rimanenze costituisce un sicuro elemento per valutare l'inattendibilità della contabilità tenuta legittimando un accertamento di tipo induttivo.

L'applicazione di forti sconti (tra il 20% ed il 65%) su prezzi ottenuti applicando ricarichi già di per sé bassi (23,20%) costituisce condotta antieconomica che il contribuente deve giustificare. È altresì onere del contribuente indicare, tra i campioni di merce esaminati dagli accer-

tatori ai fini della determinazione del ricarico medio applicato, i campioni per i quali sono stati praticati ricarichi differenti, idonei ad incidere in modo significativo sul ricarico medio ottenuto dall'Ufficio.

In presenza di una contabilità complessivamente inattendibile ed in assenza di altri dati obiettivi, è legittima la determinazione dei ricavi che non prenda in considerazione il costo del venduto ricorrendo invece al solo costo degli acquisti in quanto dichiarati e documentati (ed avendo tenuto in considerazione l'incidenza dei periodi di saldi e gli sconti in genere effettuati).

AN.GI.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. XIII, 30 giugno 2010, n. 56 - Pres. Rosin - Rel. Semino - Ferrara (avv. Lovisolo) c. Agenzia delle Entrate Ufficio di Genova 2.

ACCESSI, ispezioni e verifiche - Iva - rifiuto di esibizione di documenti - inconfigurabilità.

Non è configurabile il "rifiuto di esibizione" previsto dall'art. 52, c. 5, D.P.R. n. 633/1972, nell'ipotesi in cui il contribuente, in sede di verifica, non riesca immediatamente a rinvenire e ad esibire delle fatture relative ad un periodo di imposta risalente nel tempo, avendole, però, regolarmente contabilizzate nel registro degli acquisti che è stato prontamente esibito, ed avendole comunque successivamente prodotte in sede di adesione e nel successivo giudizio tributario (nella specie, le fatture non immediatamente esibite si riferivano al settimo anno precedente a quello in cui si è svolto il controllo).

R.P.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. I, 9 marzo 2010, n. 45 - Pres. Schito - Rel. Glendi.

AGEVOLAZIONI prima casa - decadenza - revoca dell'aliquota agevolata dell'imposta sostitutiva sul contratto di mutuo stipulato per l'acquisto - condizioni.

In caso di decadenza dalle agevolazioni per l'acquisto della "prima casa", l'Amministrazione finanziaria può revocare, altresì, l'aliquota agevolata (0,25%) per l'imposta sostitutiva sull'eventuale contratto di mutuo, stipulato per l'acquisto medesimo e recuperare la differenza con l'aliquota del 2%, nonché le relative sanzioni, solo se trattasi di contratto di mutuo stipulato dopo l'entrata in vigore dell'art. 1, comma 160, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, che, modificando gli artt. 18 e 20 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 601, ha legittimato il recupero di che trattasi.

R.P.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. I, 25 febbraio 2010, n. 38 - Pres. Panetta - Rel. Baldini.

CARTELLA di pagamento - riscossione in pendenza di giudizio - nullità - sussistenza.

L'art. 68 del D.Lgs. n. 546/92, secondo il quale può essere iscritto a ruolo il tributo dovuto ed i relativi interessi, per i due terzi del loro importo, solo dopo la sentenza del Commissione Tributaria Provinciale che respinge il ricorso, pone un limite inderogabile alla garanzia del cre-

dito statale stabilendo l'obbligatorietà del pagamento a seguito della sentenza di primo grado. Pertanto, deve essere annullata la cartella di pagamento emessa in pendenza del giudizio di primo grado essendo in tale sede stato accolto il ricorso del contribuente.

AN.GI.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. IV, 5 febbraio 2010, n. 20 - Pres. Maglione - Rel. Celle.

CESSIONE di azienda - valore di avviamento - determinazione

Nel caso di cessione di azienda l'Ufficio del registro deve considerare il valore corrente dell'avviamento al netto delle passività e procedere ad un giudizio di congruità sul valore dichiarato dalle parti ed eventualmente rettificarlo, se ritenuto inferiore a quello venale di commercio, utilizzando come parametro di confronto anche le scritture contabili, gli atti aventi data certa e le risultanze di precedenti accertamenti, ispezioni e verifiche concernenti l'imposta sul valore aggiunto: infatti, la media matematica di redditività (la cui determinazione è prevista dall'art. 2, c. 4, D.P.R. n. 460/1996) è soltanto uno dei tanti criteri impiegabili dall'Ufficio per determinare l'eventuale maggior valore di avviamento, non essendo, tuttavia, elemento sufficiente per giustificare una maggiore imposta.

AN.GI.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. VII, 2 febbraio 2010, n. 11 - Pres. Caputo - Rel. Chiti.

CONDONO - natura - IRAP - annualità oggetto di definizione automatica (l. n. 289/02) - istanza di rimborso - improponibile.

IRAP - avvocato - assoggettabilità - insussistenza.

Il condono di cui alla L. n. 289/2002 costituisce una forma atipica del rapporto tributario che prescinde da una analisi delle varie componenti reddituali ed esaurisce il rapporto stesso mediante definizione forfettaria ed immediata, nella prospettiva di recuperare risorse finanziarie e ridurre il contenzioso (conforme a sent. Corte Cost. n. 321/95) Stante la irrevocabilità e definitività della domanda di condono il rapporto originario si estingue e la situazione pregressa viene cristallizzata, escludendo quindi qualsivoglia sua modifica.

Non è soggetta ad IRAP l'attività (nella specie, di avvocato) svolta personalmente e senza l'ausilio di una stabile organizzazione di uomini e mezzi: l'apporto in misura ridotta di personale o di altri fattori di produzione non muta la natura personale della prestazione professionale che è prevalentemente esercitata con l'impiego delle capacità intellettive del professionista, prevalendo sui modesti apporti di fattori o personale che, da soli, non sarebbero comunque in grado di far funzionare l'attività stessa.

AN.GI.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. IX, 9 febbraio 2010, n. 14 - Pres. Canepa - Rel. Becco.

DAZI doganali - art. 220, c. 2, lett. b, CDC - errore dell'Amministrazione non ragionevolmente scopribile e buona fede dell'importatore - sussistenza.

È applicabile l'esimente prevista dall'art. 220, c. 2, lett. b) del CDC, nell'ipotesi in cui la classificazione di un prodotto importato sia dipesa da un errore commesso dalla stessa Amministrazione (come conseguenza di analisi effettuate dal laboratorio chimico delle Dogane) e

non ragionevolmente scopribile dall'importatore che, pur provvisto di diligenza e professionalità ed in buona fede, a fronte della complessità (e caoticità) della normativa regolante lo specifico prodotto importato, aveva inquadrato il proprio semilavorato alla sottovoce tariffaria che più si avvicinava alla componentistica del prodotto, alla quale, in altri casi precedenti, la stessa Dogana aveva ricondotto prodotti analoghi.

AN.GI.

AN.GI. Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. IX, 14 gennaio 2010, n. 8 - Pres. Canepa, Rel. Ceriale.

DICHIARAZIONE dei redditi - dichiarazione di scienza - correzione di errori - ammissibilità.

La dichiarazione dei redditi è una dichiarazione di scienza e non di volontà: se il contribuente vuole correggere errori od omissioni può farlo con successiva dichiarazione da presentare entro i termini previsti per l'accertamento salva l'applicazione delle sanzioni nel minimo edittale.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. I, 2 marzo 2010, n. 40 - Pres. Schito - Rel. Icardi.

ICI - stabilimento balneare marittimo - imponibilità - sussiste

Ai fini della possibilità di accatastare un fabbricato, la precarietà o l'inamovibilità di un manufatto va valutata in relazione all'uso a cui è destinato e non al materiale che lo compone od al suo sistema di ancoraggio.

In ogni caso, ed indipendentemente dalla previsione dell'art. 3, c. 2, D.Lgs. n. 504/92, che a partire dal 1° gennaio 2001 ha considerato soggetto passivo dell'ICI, nel caso di concessione su aree demaniali, il concessionario, è dovuta l'imposta per la conduzione di uno stabilimento balneare marittimo se con il provvedimento di concessione demaniale è sorto in capo alla società concessionaria ed in relazione ai manufatti impiantati sull'area occupata un diritto di "proprietà superficiaria" (ex art. 3, c. 1, D.Lgs. n. 504/92).

AN.GI.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. IX, 14 gennaio 2010, n. 2 - Pres. Canepa - Rel. Valerio.

IRAP - annualità oggetto di definizione automatica (l. n. 289/02) - istanza di rimborso - improponibile.

IRAP - studio professionale associato - debenza.

Non può essere accolta l'istanza di rimborso dell'IRAP presentata in relazione a quelle annualità per le quali il contribuente si sia avvalso della definizione automatica prevista dall'art. 7 della L. n. 289/2002, posto che, in base a tale norma, la definizione automatica, limitatamente a ciascuna annualità, rende definitiva la liquidazione delle imposte risultanti dalla dichiarazione con riferimento alla spettanza di deduzioni e agevolazioni indicate dal contribuente o all'applicabilità di esclusioni.

È dovuta l'IRAP da parte di uno studio professionale associato (formato da due commercialisti) essendo ravvisabili beni strumentali di rilevante valore, significativi costi di ammortamento, nonché spese per lavoro dipendente di ammontare superiore a 41.000 euro.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. I, 29 gennaio 2010, n. 13 - Pres. Piazza - Rel. Icardi.

IRAP - medico pediatra - presupposto impositivo - insussistenza.

Dall'esame del Mod. Unico e del relativo studio di settore si può affermare che non è soggetto ad Irap il medico pediatra che svolge attività convenzionata nella misura del 97%, impiegando beni strumentali modesti e tipici di ogni medico mutualista (come tali, quindi, privi di autonoma potenzialità economica), ed avendo sostenuto modestissimi costi per consumi. È inoltre irrilevante la rilevata presenza di dipendenti assunti a tempo parziale (per 26 giorni) con un contratto di formazione: il limitato periodo di impiego e l'assunzione con un contratto di formazione, elemento che denota la limitata professionalità degli assunti, esclude che, per ciò solo, risulti integrato il requisito dell'"autonoma organizzazione".

AN.GI.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. VII, 2 febbraio 2010, n. 13 - Pres. Caputo - Rel. Chiti.

IRAP - professionista - assoggettabilità - insussistenza

L'apporto in misura ridotta di personale o di altri fattori di produzione non muta la natura personale della prestazione professionale che è prevalentemente esercitata con l'impiego delle capacità intellettive del professionista, prevalendo sui modesti apporti di fattori o personale che, da soli, non sarebbero comunque in grado di far funzionare l'attività stessa (nella fattispecie, è stato escluso da IRAP il contribuente che ha svolto attività di avvocato in assenza di qualsiasi elemento di organizzazione imprenditoriale).

AN.GI.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. XI, 19 febbraio 2010, n. 20 - Pres. Proto - Rel. Locci.

IRPEF - INVIM - diversità di presupposti - prezzo di cessione e valore di cessione.

I presupposti di imposizione dell'IRPEF e dell'INVIM sono profondamente diversi: il primo si basa sul prezzo di cessione ed il secondo sul valore di cessione, avendo significati del tutto diversi nella disciplina fiscale anche perché ai fini dell'IRPEF, in applicazione del principio costituzionale della capacità contributiva, può essere assoggettato a imposizione solo un reddito che sia stato effettivamente conseguito.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. X, 28 gennaio 2010, n. 21 - Pres. Loffredo, Rel. Mariani.

IVA - iscrizione a ruolo - notifica invito di pagamento - ommissione - nullità - sussistenza.

L'art. 60 del D.P.R. n. 633/1972 prevede che "l'Ufficio, prima dell'iscrizione a ruolo, invita il contribuente a versare le somme dovute entro trenta giorni dal ricevimento dell'avviso, con applicazione della soprattassa pari al 60 per cento della somma non versata o versata in meno". Tale invito deve essere obbligatoriamente notificato al contribuente prima di procedere a qualsiasi iscrizione a ruolo nei suoi confronti, pena la nullità di tale iscrizione (e la conseguente nullità della cartella di pagamento impugnata).

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. III, 28 gennaio 2010, n. 28 - Pres. Brusco - Rel. Simonazzi.

MISURE cautelari - ipoteca e sequestro conservativo - fumus boni iuris e periculum in mora - necessità - bilancio solido e corredato in tutte le componenti - periculum in mora - esclusione.

La concessione del sequestro conservativo di cui all'art. 22 del D.Lgs. n. 472/1997, richiesto dall'Ufficio a garanzia dei propri crediti, impone la verifica dell'esistenza, sia pure con l'uso dei criteri di valutazione della prova meno pregnanti tipici della fase cautelare, dei presupposti richiesti ai fini dell'emissione dei provvedimenti di natura cautelare, ossia il fumus boni iuris ed il periculum in mora. Quest'ultimo requisito non può ritenersi sussistente nel caso in cui l'opponente sia una società il cui bilancio risulti molto solido e ben corredato in tutte le sue componenti, sia dal lato economico, sia dal lato patrimoniale ed i cui indicatori risultino particolarmente positivi.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. V, 20 maggio 2009, n. 147 - Pres. Balba - Rel. Del Vigo - D.P. c. Agenzia delle Entrate Ufficio di Genova 2.

NOTIFICA - art. 8, c. 4, L. n. 890/1982 - notifica validamente effettuata - termine per proporre ricorso - identificazione.

In tema di notifica degli atti giudiziari a mezzo posta, l'art. 8, c. 2, L. n. 890/1982 dispone che se il piego non poteva essere consegnato per temporanea assenza del destinatario, lo stesso piego è depositato presso l'Ufficio Postale preposto alla consegna e dell'avvenuto tentativo di notifica e del deposito dell'atto deve esserne data notizia al destinatario mediante avviso in busta chiusa a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento. Pertanto, per valutare se il ricorso è stato tempestivamente proposto occorrerà far riferimento alla previsione del successivo comma 4 dell'art. 8 cit. secondo cui la notifica dell'atto si ha per eseguita decorsi dieci giorni dalla spedizione della lettera raccomandata (o dalla data di ritiro del piego se anteriore).

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIV, 1 luglio 2009, n. 99 - Pres. Di Noto - Rel. Garavano - Equitalia Polis S.p.A. c. Agenzia delle Entrate Ufficio di Chiavari.

NOTIFICA - nullità ed inesistenza - differenze.

La soglia che divide l'area della nullità della notifica da quella della sua inesistenza è ravvisabile nella accertata esistenza di un collegamento tra il luogo (o la persona) nel quale (o alla quale) sia eseguita la notifica ed il soggetto passivo che della notifica è destinatario. Pertanto, la notifica del ricorso, effettuata in un luogo privo di collegamento con l'Ufficio destinatario e diverso da quello in cui l'Ufficio ha sede, è inesistente ed il ricorso è conseguentemente inammissibile.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. I, 9 febbraio 2010, n. 33 - Pres. Picozzi - Rel. Lomazzo.

NOTIFICA - cartella di pagamento - invio tramite raccomandata con avviso di ricevimento - mancata attestazione della data di avvenuta notifica - nullità insanabile - sussistenza.

Nel caso di notifica di cartella esattoriale a mezzo posta raccomandata, la mancata indicazione nella "relata" della data dell'avvenuta

notifica dell'atto determina la nullità della cartella ex art. 160 c.p.c., in quanto l'"incertezza assoluta ... sulla data" non permette al suo destinatario di conoscere il momento preciso a partire dal quale poter proporre l'impugnazione, con conseguente lesione del suo diritto di difesa; né, del resto, l'avvenuta presentazione del ricorso potrebbe svolgere alcun effetto sanante ex art. 156 c.p.c..

In ogni caso, ai sensi dell'art. 26, D.P.R. n. 602/73, sussiste un preciso onere in capo all'Agente della riscossione di conservare e custodire la "relata" anche qualora questa, nell'ipotesi di notifica a mezzo posta raccomandata, sia rappresentata dall'avviso di ricevimento della raccomandata.

La pretesa impositiva recata da un avviso di accertamento correttamente notificato e diventato definitivo in quanto non impugnato, non può più essere rimessa in discussione attraverso l'impugnazione della successiva cartella di pagamento.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. I, 29 gennaio 2010, n. 17 - Pres. Piazza - Rel. Glendi.

OPERAZIONI oggettivamente inesistenti - disconoscimento dei costi - dimostrazione dell'inesistenza dell'operazione - onere dell'Amministrazione finanziaria - sussiste.

Nel caso in cui l'Amministrazione finanziaria voglia disconoscere i costi risultanti da fatture ritenute relative ad operazioni inesistenti, grava sulla stessa l'onere di dimostrare che l'operazione commerciale documentata non è mai stata posta in essere (conforme a Cass., 6 ottobre 2009, n. 21317) (Nel caso di specie, la Commissione ha respinto il ricorso avendo ritenuto provata l'inesistenza delle operazioni sulla base dei seguenti elementi gravi, precisi e concordanti: la ditta individuale che in base alle fatture aveva eseguito le prestazioni non aveva una struttura aziendale idonea a supportarne l'attività rappresentata, non aveva tenuto alcuna contabilità dichiarando di averla smarrita, non aveva avuto dipendenti né affrontato costi per l'organizzazione di un'attività imprenditoriale; gli ingenti importi indicati in fattura, una volta accreditati, erano stati tutti prelevati quasi contestualmente al loro versamento; le descrizioni delle prestazioni oggetto di fatturazione erano assolutamente generiche).

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIII, 10 maggio 2010, n. 115 - Pres. Torti, Rel. Podestà - A.O. c. Amiu Genova S.p.A. (Avv. Lovisolò).

PROCESSO tributario - impugnazione della cartella di pagamento ed impugnazione del ruolo - competenza - individuazione

TRIBUTI locali - Tariffa di igiene ambientale - necessità atto prodromico - insussistenza

TRIBUTI locali - Tariffa di igiene ambientale - legittimazione attiva Soggetto Gestore del servizio - sussistenza - necessità convenzione con l'Agenzia delle Entrate - insussistenza

Nel caso in cui sia contestualmente impugnata la cartella di pagamento (emessa dal Concessionario avente sede a Milano) ed il ruolo (formato dal Gestore avente sede a Genova), la Commissione Tributaria Provinciale di Genova sarà competente solamente in relazione all'impugnazione del ruolo, essendo invece competente a conoscere dei vizi della cartella la Commissione Tributaria di Milano nella cui circoscrizione ha sede il concessionario che ha emesso l'atto impugnato. Il vizio di incompetenza è rilevabile d'ufficio.

L'art. 49 del D.lgs. n. 22/1997, riproducendo il meccanismo di riscossione della previgente TARSU (D.Lgs. n. 507/93), prevede che questa avvenga tramite ruolo (D.P.R. n. 602/73) senza la previa necessaria emissione di un qualche atto prodromico alla cartella di pagamento; ciò in quanto la preventiva emissione di avvisi di accertamento si rende necessaria solo in caso di rettifica della denuncia incompleta o infedele o di omessa presentazione della denuncia iniziale o di variazione.

In applicazione dell'art. 49, c. 13, D.Lgs. n. 22/97, che attribuisce la potestà di riscuotere la T.I.A. al soggetto che gestisce il servizio, Amiu S.p.A. è legittimata a formare il ruolo per riscuoterla essendo stata incaricata dal Comune di Genova di applicare la Tariffa quale soggetto gestore in virtù di un apposito contratto di servizio. L'art. 238 del D.Lgs. n. 152/2006, che prevede che la riscossione della T.I.A. sia effettuata mediante apposita convenzione con l'Agenzia delle Entrate, non è ancora entrato in vigore non essendo stato approvato il relativo regolamento di attuazione previsto dal comma 6. Di fatto, tale convenzione risulta comunque sussistere in quanto stipulata tra Amiu S.p.A. ed Equitalia Sestri S.p.A. (ex Gestline S.p.A., poi divenuta Equitalia Polis S.p.A.), avendo quest'ultima ricevuto dall'Agenzia delle Entrate, in forza del D.L. n. 203/2005, tutte le funzioni spettanti alla stessa Agenzia in materia di riscossione e di utilizzo del ruolo.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIII, 19 novembre 2009, n. 297 - Pres. Delucchi - Rel. Simonazzi.

REDDITO di impresa - rettifica del reddito dichiarato - considerazione dell'autoconsumo - necessità - prova di scarti e servizi aggiuntivi - necessità.

Ai fini della rettifica del reddito dichiarato da una società deve essere considerata anche l'entità dei beni oggetto di autoconsumo da parte dei dipendenti e dei soci. La contribuente è da par sua tenuta a provare con idonea e specifica documentazione gli scarti nella preparazione dei servizi ed i servizi aggiuntivi che non comportino l'addebito del coperto.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. I, 9 febbraio 2010, n. 47 - Pres. Piazza - Rel. Glendi - P. (Avv. G.) c. Agenzia delle Entrate di Savona.

RITENUTE IRPEF - pensione integrativa - base imponibile - diritto al rimborso - sussiste.

Deve essere riconosciuto il diritto al rimborso con riferimento alle ritenute Irpef pagate in eccesso sulla pensione integrativa erogata dall'Inps, in quanto in tali casi non deve applicarsi la base imponibile piena (del 100%), bensì quella ridotta dell'87,5%, a norma della L. 70/1975 e del D.lgs. 124/1993, essendo tale disposizione di favore applicabile non solo ai dipendenti degli enti parastatali, bensì anche a quelli rientranti nel settore della previdenza complementare.

A.Q.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. XII, 25 febbraio 2010, n. 29 - Pres. Moraglia, Rel. Cotta.

SANZIONI - obiettive condizioni incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione della norma tributaria - sussistenza - disapplicazione.

Il regime di imponibilità IVA delle operazioni intracomunitarie

rie di acquisto e rivendita di autoveicoli, in luogo di applicazione del c.d. "regime del margine", è stato reso chiaro solamente dopo l'intervento di una specifica circolare dell'Agenzia delle Entrate; ciò comporta che, ferma la pretesa impositiva, considerando il tempo in cui si sono svolti i fatti e l'atteggiamento di generica buona fede del contribuente, devono essere disapplicate le sanzioni (ex art. 10, c. 3, L. n. 212/2000 e 8, D.Lgs. n. 546/92) sussistendo le condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione delle norme che regolano la materia.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale Savona, sez. I, 20 aprile 2010, n. 72 - Pres. e Rel. Picozzi - P. S.A.R.L. (Avv. A. e Z.) c. Agenzia delle Entrate Savona, Direzione Provinciale Ufficio Controlli.

SEQUESTRO conservativo - scissione societaria - responsabilità solidale - estro-vestizione - onere della prova - periculum in mora e fumus boni juris - sussistenza.

È legittimo il sequestro conservativo disposto inaudita altera parte sui beni di una società (nella specie quote societarie), al fine di garantire un credito erariale risultante da verbali di constatazione.

Detto sequestro può essere disposto anche sui beni di una società scissa dalla prima-originaria debitrice di imposta, in forza dell'art. 2506 quater co. 3 c.c., ai sensi del quale la società risultante dalla scissione è solidalmente responsabile, seppure "nei limiti del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto" a seguito della scissione.

In tema di contestazione dell'estro-vestizione, spetta al contribuente l'onere di fornire la prova dell'effettività della sede all'estero, non potendo la stessa essere stata prescelta solo a fini fiscali, potendo l'Ufficio a tal fine avvalersi anche di presunzioni purché dotate dei requisiti della gravità, precisione e concordanza.

A.Q.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. III, 10 marzo 2010, n. 67 - Pres. Fezzi - Rel. Simonazzi.

STUDI DI SETTORE - mero scostamento matematico tra i ricavi dichiarati e quelli desumibili dallo studio - insufficienza.

Ai fini della legittimità dell'accertamento fondato sugli studi di settore, non è sufficiente il mero scostamento aritmetico tra i ricavi dichiarati e quelli desumibili dagli studi stessi, in quanto l'evasione del contribuente deve essere altresì provata dall'Amministrazione finanziaria attraverso dati certi: le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sent. n. 26635/09, hanno infatti affermato che l'elaborazione statistica dello studio di settore non deve assumere automatica valenza ai fini della rettifica del reddito dichiarato, assumendo il carattere di mezzo di accertamento e non di determinazione della base imponibile con natura di presunzione semplice.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XII, 12 novembre 2009, n. 24 - Pres. e Rel. Fenizia - E.F.M. c. Amiu Genova S.p.A. (Avv. Lovisolò).

TRIBUTI locali - Tariffa di igiene ambientale - residenza anagrafica - prova dell'occupazione dei locali - idoneità.

Ai fini dell'applicazione della TIA, le risultanze del certificato anagrafico sono idonee a provare l'occupazione dei locali oggetto di imposizione.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. I, 24 febbraio 2010, n. 37 - Pres. Di Bernardo - Rel. Bruni - Avv. B.G. c. Amiu Genova S.p.A. (Avv. Lovisolò), Equitalia Sestri S.p.A..

TRIBUTI locali - Tariffa di igiene ambientale - legittimità Gestore del servizio a riscuotere la tariffa a mezzo ruolo-sussistenza - necessità convenzione con Agenzia delle Entrate - insussistenza.

RISCOSSIONE - Cartella di pagamento - difetto di motivazione - insussistenza.

TRIBUTI locali - Tariffa di igiene ambientale - "parte variabile" - determinazione sulla base di criteri presuntivi - legittimità - sproporzione tra le tariffe per le utenze domestiche e le tariffe per le utenze non domestiche - insussistenza.

TRIBUTI locali - Tariffa di igiene ambientale - IVA - professionista - neutralità.

L'art. 238 del D.Lgs. n. 152/2006, che prevede che la TIA possa essere riscossa tramite iscrizione a ruolo previa "convenzione" tra il soggetto Gestore del servizio e l'Agenzia delle Entrate, non è ancora entrato in vigore non essendo stato emanato il relativo regolamento di attuazione; da ciò discende che la riscossione della TIA è disciplinata dall'art. 49 del D.Lgs. n. 22/1997, che richiama il D.P.R. n. 602/73 senza prevedere la necessità di stipulare alcuna "convenzione".

Non sussiste alcun vizio di motivazione della cartella di pagamento impugnata in quanto in essa figurano indicati, direttamente o per rinvio, tutti i principali parametri conoscitivi utili per comprendere, con l'ordinaria diligenza, la causale ed il meccanismo di calcolo della TIA.

L'art. 49 del D.Lgs. n. 22/97 prevede che la TIA sia composta da una parte "fissa" e da una parte "variabile" rapportata "alla quantità di rifiuti conferiti, al servizio fornito ed all'entità dei costi di gestione". La normativa attualmente vigente in materia di TIA (ossia l'art. 49, D.Lgs. n. 55/97 ed il D.P.R. n. 158/99, come attuati dal Regolamento del Comune di Genova che disciplina l'applicazione della Tariffa) del tutto legittimamente consente che il meccanismo di calcolo della "parte variabile" sia fondato su criteri di carattere presuntivo non correlati alla effettiva quantità dei rifiuti prodotta da ciascun soggetto passivo.

Non sussiste alcuna sproporzione tra le tariffe applicabili alle utenze domestiche e quelle applicabili alle utenze non domestiche: la più bassa tariffazione delle utenze domestiche è giustificata dal fatto che il Comune di Genova ha deliberato una tariffazione agevolata a favore delle abitazioni, specie se utilizzate quali residenze da parte dei nuclei familiari minori.

Non è accoglibile la domanda di non applicazione dell'IVA sulla TIA (dovuta sulle prestazioni di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti a partire dal 1° gennaio 1994 ex art. 2, D.L. n. 557/93) formulata da un professionista, in quanto l'IVA incide sul "consumatore finale" e non su un soggetto che può comunque esercitare il diritto alla detrazione.

AN.GI.

Documenti

I trust interni: profili pubblicitari e fiscali

Piero Biglia di Saronno
Notaio in Genova

Sommario: 1. *I trust nelle imposte dirette.* - 1.1. *Il criterio generale della tassazione dei redditi del trust in capo al trust stesso.* - 1.2. *La tassazione dei redditi del trust in capo ai beneficiari.* - 1.3. *La residenza del trust.* - *I trust nelle imposte indirette.* - 2. *I trust nelle imposte indirette.* - 2.1. *L'atto istitutivo di trust (c.d. "trust deed") ai fini dell'imposta di registro.* - 2.2. *L'atto dispositivo di beni in trust.* - 2.2.1. *L'orientamento della prassi sul trust autodichiarato.* - 2.2.2. *Aliquote e franchigie d'imposta.* - 2.3. *Le (eventuali) operazioni effettuate durante la vita del trust.* - 2.4. *Il trasferimento finale dei beni ai beneficiari.* - 2.5. *Le imposte ipotecaria e catastale.*

Premessa.

Com'è noto, sono denominati "interni" i trust che, pur se disciplinati da una legge straniera, sono istituiti in Italia da soggetti (disponente e beneficiari, eventualmente anche il trustee) residenti nel nostro Paese e vincolano beni siti nel territorio italiano(1).

È noto altresì che la legittima istituzione nel nostro Paese di trust disciplinati da una legge straniera discende dalla Convenzione sottoscritta a l'Aja il 1° luglio 1985, intitolata "Convenzione relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento", ratificata dall'Italia con legge 16 ottobre 1989, n. 364, in vigore nel nostro ordinamento dal 1° gennaio 1992, così come interpretata e applicata dalla giurisprudenza nazionale.

La citata Convenzione si è posta l'obiettivo di armonizzare le regole del diritto internazionale privato in materia di trust, evidenziandone i caratteri essenziali al fine del riconoscimento da parte dei singoli Stati aderenti.

Peraltro, sancendo testualmente che essa non deroga alla competenza degli Stati in materia fiscale (cfr. art. 19, Convenzioni, *cit.*), l'indicata Convenzione non ha fornito indicazioni, né linee guida generali, con riferimento ai molteplici profili fiscali che, stante il poliformismo dell'istituto, sicuramente caratterizzano il trust.

Tuttavia, sul punto molti dubbi sono stati sciolti a seguito dell'introduzione di precise disposizioni in materia fiscale da parte del legislatore nazionale.

In primis, con riferimento all'imposizione diretta a mezzo dell'art. 1, commi da 74 a 76, legge 27 dicembre 2006, n. 296(2) (c.d. legge finanziaria 2007), il legislatore ha configurato la tassazione dei redditi dei trust interni, distinguendo i trust fiscalmente residenti nel nostro Paese da quelli fiscalmente residenti all'estero, e obbligando i primi alla tenuta delle scritture contabili ai fini dell'accertamento delle imposte sui redditi.

L'introduzione nell'ordinamento tributario nazionale di disposizioni *ad hoc* in materia di trust ha originato l'auspicato intervento chiarificatore dell'Agenzia delle entrate che, con circolare 6 agosto 2007, n. 48, ha fornito i primi chiarimenti

sia ai fini delle imposte sui redditi, che ai fini delle imposte indirette(3).

Di recente, l'Amministrazione finanziaria è nuovamente intervenuta sulla tassazione dei trust, tenendo conto delle istruzioni già fornite in materia, e in particolare dei chiarimenti resi con la citata circolare, che per lo più sono stati confermati dalla prassi amministrativa, eccettuato il *revirement* interpretativo in materia di trust autodichiarato (su cui vedi *infra*).

Invero, nell'ambito di un più ampio e articolato intervento sul regime fiscale di successioni, donazioni, atti a titolo gratuito e costituzione di vincoli di destinazione, tra i quali ultimi rientra anche la costituzione di trust, con la circolare 22 gennaio 2008, n. 3, l'Agenzia delle entrate ha specificato il corretto regime fiscale della costituzione di beni in trust e delle eventuali operazioni poste in essere durante la vita del trust.

Tanto premesso, si procede a un'analisi della disciplina fiscale dei trust interni che, seppur brevemente dati i tempi ristretti dell'odierno intervento, si cercherà di svolgere il più compiutamente possibile.

1. I trust nelle imposte dirette.

Con riferimento all'imposizione diretta, ossia alle modalità di tassazione dei redditi provenienti dai beni destinati al trust, la legge finanziaria 2007 ha introdotto due principali regimi impositivi, che operano alternativamente in base alla possibilità di individuare o meno i beneficiari di un trust interno.

Ciò, mediante modificazione degli artt. 73 e 44 del d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917 (testo unico delle imposte sui redditi, c.d. "tuir"), aventi ad oggetto, rispettivamente, i soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle società (c.d. Ires) e i redditi di capitale, il cui possesso, com'è noto, costituisce il presupposto dell'imposta sul reddito delle persone fisiche (c.d. Irpef)(4).

1.1. Il criterio generale della tassazione dei redditi del trust in capo al trust stesso.

A seguito delle modifiche operate sull'art. 73, comma 1, *tuir*, per regola generale il trust è autonomo soggetto passivo dell'imposta sul reddito delle società e, in quanto tale, a seconda dell'attività da esso concretamente svolta, è assimilato agli enti, commerciali o non commerciali, residenti o non, nel territorio dello Stato (5).

Il principio generale della soggettività passiva del trust, peraltro, trova un'unica rilevante eccezione nell'ipotesi in cui i beneficiari del trust siano individuati.

Invero, secondo il comma 2 dell'art. 73, *tuir*, come novellato dalla legge finanziaria 2007, se i beneficiari del trust sono individuati, i redditi conseguiti dal trust sono imputati "in ogni caso" ai beneficiari "in proporzione alla quota di partecipazione individuata nell'atto di costituzione del trust o in altri documenti successivi ovvero, in mancanza, in parti uguali" (così, art. 73, comma 2, *cit.*).

Ai fini delle imposte sui redditi, dunque, la normativa tributaria distingue due principali categorie di trust: i trust senza beneficiari individuati (c.d. "trust opachi") e quelli con beneficiari individuati (c.d. "trust trasparenti").

Nel primo caso, i redditi vengono tassati direttamente in capo al trust, mentre nella seconda ipotesi i redditi sono direttamente imputabili "per trasparenza" ai beneficiari individuati con la qualificazione di redditi di capitale, come previsto con l'inserimento nel comma 1 dell'art. 44, tuir, della nuova lett. *g-sexies*), che qualifica tali anche "i redditi imputati al beneficiario di trust ai sensi dell'art. 73, comma 2 [tuir - *n.d.r.* -], anche se non residenti".

In tal senso la citata circolare n. 48 del 2007 dell'Amministrazione finanziaria che, sul punto, ha altresì rappresentato l'eventualità di un trust al contempo opaco e trasparente ai fini dell'Ires (c.d. "trust misto").

Ciò avviene, ad esempio, quando l'atto istitutivo di un trust prevede l'accantonamento a capitale di parte del reddito del trust, disponendo l'attribuzione ai destinatari solo della restante parte del reddito.

Secondo l'indicata circolare, in tale ipotesi il reddito accantonato sarà tassato in capo al trust, mentre il reddito attribuito ai beneficiari sarà imputato a questi ultimi, sempre che ne ricorrano i presupposti, ossia qualora i beneficiari abbiano il diritto di percepire tale reddito.

Tale orientamento è stato confermato da una recentissima risoluzione dell'Agenzia delle entrate, emanata in risposta a un interpello con cui l'istante ha chiesto la conferma di quanto già rilevato dall'Amministrazione nella circolare n. 48 del 2007 con particolare riferimento a un trust costituito allo scopo di assistere economicamente il disponente stesso e, dopo la sua morte, i suoi discendenti in linea retta legittimi o legittimati fino al compimento del trentesimo anno di età (beneficiari), nel quale la realizzazione dell'indicata finalità è affidata a determinati soggetti (*trustees*), il cui operato è sottoposto alla vigilanza di un diverso soggetto (*protector*).

Al riguardo, la risoluzione 7 marzo 2008, n. 81, dopo aver richiamato i chiarimenti già forniti con la circolare n. 48 del 2007 e, successivamente, con le risoluzioni dell'Agenzia delle entrate 4 ottobre 2007, n. 278, e 4 gennaio 2008, n. 4, ha rilevato che dalla bozza dell'atto costitutivo del trust oggetto d'interpello si ravvisa la presenza, nel caso di specie, di un trust misto, con la conseguenza che il reddito accantonato sarà tassato direttamente in capo al trust, mentre il reddito spettante al beneficiario-disponente secondo le finalità del trust (assistenza economica allo stesso) sarà tassato direttamente in capo a quest'ultimo per trasparenza e, dopo la sua morte, in capo agli eredi.

Inoltre, secondo l'Amministrazione finanziaria incombe sul trustee l'onere di determinare in ciascun periodo di imposta il reddito del trust e di indicare quale parte rimane nel trust e quale, invece, eventualmente compete ai beneficiari.

Si legge infatti nella circolare n. 48 del 2007 che, dopo aver determinato il reddito del trust, il trustee indicherà la parte di esso attribuita al trust - sulla quale il medesimo trust assolverà l'Ires - nonché la parte imputata per trasparenza ai beneficiari - su cui questi ultimi assolveranno le imposte sul reddito -.

In alternativa all'imposizione in capo al trust o ai beneficiari, inoltre, vi sarebbero anche alcuni redditi di natura finanziaria soggetti a ritenuta a titolo d'imposta o ad imposta sostitutiva (6).

1.2. La tassazione dei redditi del trust in capo ai beneficiari.

Come ricordato, i redditi conseguiti dal trust sono imputati direttamente in capo ai beneficiari nel caso in cui "i beneficiari del trust siano individuati". In tal senso, il novellato disposto del comma 2 dell'art. 73, tuir, che in relazione a tale ipotesi prevede l'imputazione dei redditi ai beneficiari "in

proporzione alla quota di partecipazione" e, in mancanza di individuazione di tale quota, "in parti eguali" (cfr. art. 73, comma 2, *cit.*).

Tuttavia, l'individuazione dei beneficiari da cui far conseguire l'applicazione della previsione legislativa in materia fiscale non è scevra da dubbi e difficoltà, sia sotto il profilo della capacità contributiva, ma anche in relazione ai principi generali vigenti in materia di imposte sui redditi.

Nel novellare il comma 2 dell'art. 73, tuir, infatti, il legislatore fiscale non ha tenuto in debita considerazione che nei trust si distingue normalmente fra soggetti con spettanze sul reddito e soggetti con spettanze sul fondo in trust, ossia sul capitale.

In particolare, quando una posizione beneficiaria attribuisce diritti, essi possono avere ad oggetto il reddito del fondo o solo il fondo (oppure entrambi, ovvero, potrebbe non sussistere una tale distinzione).

In tutti i casi si parla di "beneficiari", ma mentre nella prima ipotesi vi sono beneficiari dei redditi provenienti dai beni destinati al trust (c.d. "beneficiari di reddito" o, in inglese, "income beneficiaries"), nel secondo caso si parla di beneficiari unicamente in quanto vi sono soggetti ai quali saranno assegnati detti beni al momento della scadenza del trust (c.d. "beneficiari di patrimonio" ovvero "beneficiari finali" o, più correttamente, "beneficiari del fondo").

Le spettanze di ciascun beneficiario, inoltre, possono essere quantitativamente determinate nell'atto istitutivo del trust oppure essere rimesse alle decisioni del trustee. Nel primo caso si parla di trust con interessi definiti ("fixed trust"), mentre nel secondo di trust discrezionali ("discretionary trust").

Nell'ambito dei c.d. "fixed trust" il beneficiario è detto "investito" ("vested beneficiary") quando nei confronti del trustee egli sia titolare di diritti, sul reddito o sul fondo del trust, ovvero su entrambi.

Si parla in tal caso di posizione beneficiaria quesita ("vested interest"), posizione che, a sua volta, può essere immediatamente esercitabile ovvero esercitabile solo in conseguenza di un evento futuro entro il termine finale di durata del trust. In tal caso la posizione soggettiva del beneficiario è detta "vested" per indicare che essa ha un titolare certo e definitivo, titolare di posizione soggettiva perfetta, della quale egli può disporre e che, in mancanza di elementi di variabilità, e comunque sino a quando essi esplicano i loro effetti, fa parte del patrimonio del beneficiario ed è quindi da lui disponibile per atto tra vivi o a causa di morte (salve, ovviamente, le limitazioni che l'atto istitutivo di trust eventualmente apponga agli atti dispositivi dei beneficiari). Nel caso in cui la posizione beneficiaria quesita sia immediatamente esercitabile ed abbia ad oggetto il fondo in trust, *in toto* o *pro quota* con riferimento a specifici beni, il beneficiario può pretendere dal trustee il trasferimento di quanto gli spetta.

Si parla in tal caso di posizione beneficiaria assoluta ("absolute beneficial interest", che in genere si sostanzia nella posizione dei beneficiari al termine del trust).

Qualora invece l'investitura in una posizione beneficiaria sia condizionata al verificarsi di una circostanza futura, in mancanza della quale tale posizione rimane priva di investitura per poi estinguersi, si è di fronte ad una posizione beneficiaria c.d. non quesita ("contingent interest", il cui beneficiario titolare è quindi definito "contingent beneficiary").

E ancora, il trust è definito trust nudo ("bare trust") quando di fronte al trustee si trovano soggetti titolari di posizioni be-

neficiarie assolute, con diritto alla consegna del fondo, e quindi il trustee mantiene il controllo del fondo se e in quanto tali soggetti lo desiderino e unicamente secondo le loro direttive.

Si ha trust nudo anche quando il trustee non ha discrezionalità per quanto riguarda la destinazione del reddito del fondo, che egli è tenuto a rimettere ai beneficiari non appena percepito.

Quanto sopra esposto rende immediatamente evidenti le difficoltà applicative del principio di tassazione per trasparenza dei trust che discendono direttamente dall'indicata varietà delle posizioni soggettive dei beneficiari, e dunque dalla rosa delle clausole che possono essere contenute negli atti istitutivi di trust.

Nella pratica, infatti, sono tutt'altro che infrequenti clausole di atti istitutivi di trust che consentono al trustee di non distribuire alcun reddito o distribuirne solo una parte, e a vantaggio di chi egli ritenga (c.d. "trust con discrezionalità del trustee quanto alla distribuzione e alla ripartizione del reddito"), così come clausole che attribuiscono il reddito di certi beni ad alcuni soggetti (beneficiari specifici), mentre attribuiscono a soggetti diversi la spettanza del reddito di altri beni, non potendosi ravvisare quindi, in tal caso, vere e proprie "quote di partecipazione" (7).

Con particolare riferimento ai trust nudi, già in passato la prassi amministrativa aveva esaminato la fattispecie dei beneficiari di reddito con quote determinate, giungendo a considerare il trust fiscalmente trasparente e a tassare il reddito in capo ai beneficiari.

L'attuale disposto normativo sembra aver generalizzato tale soluzione, rendendola applicabile a tutti i casi di trust con beneficiari (del reddito) individuati, con o senza accertamento delle rispettive "quote di partecipazione", in modo da evitare possibili fenomeni di doppia imposizione.

Allo stato attuale, nella maggior parte dei casi la prassi identifica il requisito dell'"individuazione" con riferimento unicamente ai beneficiari di reddito, e non anche in relazione a quelli di patrimonio (individuabili solo a distanza di molti anni rispetto al momento in cui il reddito è stato prodotto). In tal senso, anche la circolare n. 48 del 2007 dell'Agenzia delle entrate, secondo la quale l'art. 73, tuir, individua due principali tipologie di trust - trust con beneficiari di reddito individuati e trust senza beneficiari di reddito individuati - con la conseguenza che, per l'applicabilità del criterio per trasparenza, occorre che i beneficiari, oltre che individuati, siano beneficiari di reddito.

In ordine alla condizione che il legislatore ha posto alla base della tassazione per trasparenza dei redditi del trust, infatti, la circolare n. 48 del 2007 ha affermato che per "beneficiario individuato" è da intendersi il beneficiario di "reddito individuato", vale a dire il soggetto che esprime, rispetto a quel reddito, una capacità contributiva attuale.

L'Amministrazione finanziaria ha inoltre ricordato che il presupposto di applicazione dell'imposta è il possesso di redditi, e quindi è necessario "che il beneficiario non solo sia puntualmente individuato, ma che risulti titolare del diritto di pretendere dal trustee l'assegnazione di quella parte di reddito che gli viene imputata per trasparenza.

Infatti, a differenza dei soci delle società trasparenti, che possono autonomamente stabilire i criteri di distribuzione degli utili societari, i beneficiari di un trust non hanno alcun potere in ordine all'imputazione del reddito del trust, cui provvede unicamente il trustee sulla base dei criteri stabiliti dal disponente".

Secondo l'Agenzia delle entrate, infine, in forza dell'art. 73 del tuir i redditi sono imputati "in ogni caso" ai beneficiari, e in particolare "indipendentemente dall'effettiva percezione, secondo un criterio di competenza" (così, circolare n. 48 del 2007, *cit.*).

Tale precisazione dell'Amministrazione finanziaria sarebbe necessaria proprio al fine di "coordinare la tassazione del trust con la natura del reddito attribuito al beneficiario, che è considerato reddito di capitale".

Invero, "contrariamente al principio di cassa che in via ordinaria informa la determinazione del reddito di capitale, nella tassazione per trasparenza il medesimo reddito viene imputato al beneficiario indipendentemente dall'effettiva percezione, secondo il principio della competenza economica. Il reddito imputato per trasparenza verrà tassato secondo le aliquote personali del beneficiario. Naturalmente, l'effettiva percezione dei redditi da parte dei beneficiari rimane una mera movimentazione finanziaria, ininfluenza ai fini della determinazione del reddito" (8).

Con riferimento alla natura dei redditi attribuiti ai beneficiari, infatti, si è ricordato che il comma 75 dell'unico articolo della legge finanziaria 2007 ha inserito nell'art. 44, tuir, la lettera *g-sexies*), in forza della quale sono redditi di capitale "i redditi imputati al beneficiario di trust ai sensi dell'articolo 73, comma 2, anche se non residenti".

Pertanto, il trust residente imputa per trasparenza i propri redditi sia ai beneficiari residenti sia ai beneficiari non residenti.

In particolare, la tassazione del reddito attribuito ai beneficiari non residenti avviene in Italia poiché, trattandosi di reddito di capitale corrisposto da soggetto residente, lo stesso si considera prodotto in Italia ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. *b*), tuir.

Il trust non residente, invece, in quanto soggetto passivo Ires per i soli redditi prodotti in Italia, imputa per trasparenza tali redditi ai soli beneficiari residenti nel territorio dello Stato, quali titolari di redditi di capitale.

1.3. La residenza del trust.

Quanto da ultimo osservato impone di chiarire, ai fini delle imposte sui redditi, la nozione di trust residente nel territorio dello Stato.

Con finalità antielusive, il legislatore fiscale per il 2007 ha introdotto due lunghi periodi all'interno del comma 3 dell'art. 73, tuir, che, com'è noto, fornisce la nozione di residenza in Italia dei soggetti indicati nello stesso art. 73 quali soggetti passivi dell'Ires.

Ai sensi della prima parte del comma 3 citato si considerano residenti nel territorio dello Stato "le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato".

Pertanto, un soggetto Ires si considera residente nel territorio dello Stato al verificarsi, per la maggior parte del periodo di imposta, di almeno una delle seguenti condizioni: a) sede legale nel territorio dello Stato; b) sede dell'amministrazione nel territorio dello Stato; c) oggetto principale dell'attività svolta nel territorio dello Stato.

La legge finanziaria 2007 ha individuato anche la residenza del trust con riferimento a tali criteri generali, seppur con alcuni adattamenti che tengono conto della natura dell'istituto.

Il comma 74 dell'unico articolo della finanziaria indicata, infatti, ha aggiunto al comma 3 dell'art. 73, tuir, i seguenti periodi: «Si considerano altresì residenti nel territorio dello

Stato, salvo prova contraria, i trust e gli istituti aventi analogo contenuto istituiti in Paesi diversi da quelli indicati nel decreto del Ministro delle finanze 4 settembre 1996, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 220 del 19 settembre 1996, e successive modificazioni, in cui almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari del trust siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato.» e a seguire: «Si considerano, inoltre, residenti nel territorio dello Stato i trust istituiti in uno Stato diverso da quelli indicati nel citato decreto del Ministro delle finanze 4 settembre 1996, quando, successivamente alla loro costituzione, un soggetto residente nel territorio dello Stato effettui in favore del trust un'attribuzione che importi il trasferimento di proprietà di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, nonché vincoli di destinazione sugli stessi». Il comma 3 dell'art. 73, tuir, come novellato dal legislatore fiscale del 2007, ha quindi introdotto due casi di attrazione in Italia della residenza del trust e degli istituti aventi analogo contenuto.

Da tale presunzione di residenza fiscale nel territorio del nostro Stato consegue che tutti i redditi del trust residente sono imponibili in Italia, indipendentemente dal luogo della loro produzione, secondo il principio della c.d. *world-wide income taxation*, mentre, al contrario, per i trust non residenti, l'imponibilità in Italia riguarda solo i redditi prodotti nel territorio dello Stato ai sensi dell'art. 23, tuir, che disciplina l'applicazione dell'imposta sul reddito delle persone fisiche in capo ai soggetti non residenti.

Al fine di colpire disegni elusivi perseguiti attraverso la collocazione fittizia di trust "interni" (ossia, come ricordato, trust con disponente, beneficiario e beni in trust nel territorio dello Stato) in Paesi che non consentono lo scambio di informazioni (ossia in Paesi non inclusi nella c.d. *white list* approvata con decreto del Ministro delle finanze 4 settembre 1996, e successive modificazioni), entrambe le ipotesi considerate dal comma 3 dell'art. 73, tuir, come novellato dalla legge finanziaria 2007, presumono la residenza fiscale del trust in Italia sul presupposto che esso sia "istituito", o che, successivamente alla sua "costituzione, un soggetto residente nel territorio dello Stato effettui in favore del trust un'attribuzione che importi il trasferimento di proprietà di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, nonché vincoli di destinazione sugli stessi" in uno dei Paesi che non consentono lo scambio di informazioni.

Sotto tale ultimo profilo, va rilevato che la legge 24 dicembre 2007, n. 244 (c.d. legge finanziaria 2008)(9), ha modificato il regime fiscale in tema di residenze estere, passando da un regime basato sull'individuazione in negativo di Paesi e Stati esteri considerati a "fiscalità privilegiata" (c.d. paradisi fiscali, compresi nelle c.d. *black list*), all'identificazione in positivo di Paesi e Stati esteri che consentono un sufficiente scambio di informazioni con l'Italia e un livello di tassazione ritenuto congruo rispetto a quello italiano, ossia rientranti nella c.d. *white list*.

In forza di tale cambiamento il legislatore fiscale per il 2008 ha riscritto tutte le disposizioni dell'ordinamento tributario che, direttamente o meno, richiamano le c.d. *black list* in tema di Paesi o Stati esteri a fiscalità privilegiata, tra le quali, appunto, anche il comma 3 dell'art. 73, tuir, in commento. Nella versione attuale, pertanto, in entrambi i periodi di tale testo normativo le parole "istituiti in Paesi diversi da quelli indicati nel decreto del Ministro delle finanze 4 settembre 1996, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 220 del 19 set-

tembre 1996, e successive modificazioni," sono state sostituite con le seguenti: "istituiti in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis)".

Il nuovo sistema, infatti, è basato sulla futura emanazione, con decreto ministeriale, di due tipologie di *white list* previste dal nuovo art. 168-bis), tuir, a tal fine appositamente introdotto dal comma 83, lett. n) dell'art. 1, legge finanziaria 2008, e che diverrà l'unico riferimento per l'applicazione di tutte le norme antielusive, e quindi anche ai fini di quanto disposto dall'art. 73, comma 3, tuir.

1.4. Adempimenti del trust.

Come ricordato, il comma 76 dell'unico articolo della legge finanziaria 2007, ha modificato l'art. 13 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600(10), includendo fra i soggetti obbligati a tenere le scritture contabili i trust che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale, così come i trust che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale.

In particolare, i trust che hanno per oggetto esclusivo l'esercizio di attività commerciali, sono obbligati alla tenuta delle scritture contabili previste dall'art. 14 del decreto citato, così come, analogamente, i trust che esercitano attività commerciale in forma non esclusiva sono obbligati alla tenuta delle scritture contabili secondo le disposizioni di cui all'art. 20 del predetto decreto.

Come chiarito dalla prassi amministrativa(11), quale soggetto passivo d'imposta, sia esso "trasparente" o "opaco", il trust è tenuto ad adempiere gli specifici obblighi previsti per i soggetti Ires, ad iniziare dall'obbligo di presentare annualmente la dichiarazione dei redditi nei modi e nei tempi stabiliti per tali soggetti.

Tutti gli adempimenti tributari del trust, ovviamente, sono assolti dal trustee che, qualora sia una "trust company" che amministra più trust, dovrà presentare una dichiarazione per ciascun trust.

Nei casi in cui un trust trasparente abbia il periodo di imposta non coincidente con l'anno solare, il reddito da questo conseguito è imputato ai beneficiari individuati alla data di chiusura del periodo di gestione del trust stesso.

Il trust residente, inoltre, dovrà necessariamente dotarsi di un proprio codice fiscale e, qualora eserciti attività commerciale, di una propria partita Iva.

Sul punto, la circolare n. 48 del 2007 ha altresì chiarito che il trust è tenuto ad adempiere anche gli obblighi formali e sostanziali relativi all'imposta regionale sulle attività produttive, c.d. Irap, previsti dal d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, in quanto soggetto passivo rientrante, a seconda dell'attività svolta, nelle fattispecie di cui all'art. 3, comma 1, lettere a) ed e) del decreto citato.

2. I trust nelle imposte indirette.

Come ricordato, l'assenza di una regolamentazione fiscale del trust in Italia(12) è venuta meno solo pochi anni or sono, a partire dal 2006.

L'intervento legislativo in materia di imposizione indiretta si è verificato, dapprima, con l'art. 6 del d.l. 3 ottobre 2006, n. 262(13), che prevedeva l'applicazione dell'imposta di registro sulla costituzione di vincoli di destinazione su beni e diritti, successivamente, con la legge 24 novembre 2006, n. 286, di conversione del decreto indicato, che tuttavia non ha convertito il citato art. 6, assoggettando invece all'imposta sulle successioni e donazioni gli atti gratuiti e la costituzione dei predetti

vincoli di destinazione, e poi, con la legge finanziaria 2007 che, rispetto a quanto originariamente previsto dalla legge n. 286 del 2006, ha introdotto ulteriori franchigie ed esenzioni in materia d'imposta sulle successioni e donazioni.

L'introduzione di tali disposizioni tributarie ha originato un primo intervento chiarificatore dell'Agenzia delle entrate, rappresentato dalla già citata circolare n. 48 del 2007, al quale, recentemente, ha fatto seguito un ulteriore intervento in materia, con cui l'Amministrazione finanziaria ha fornito notazioni particolari e ulteriori rispetto a quelle già formulate.

Con particolare riferimento all'imposizione indiretta, infatti, la circolare 22 gennaio 2008, n. 3, dell'Agenzia ha ulteriormente specificato il corretto regime fiscale della costituzione di beni in trust e delle eventuali operazioni poste in essere durante la vita del trust, non mancando di suscitare dubbi e perplessità a causa dell'eccessiva e generalizzata estensione ai trust dell'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni.

2.1. L'atto istitutivo di trust (c.d. "trust deed") ai fini dell'imposta di registro.

Sotto il profilo dell'imposizione indiretta dei trust, la circolare n. 48 del 2007 dell'Agenzia delle entrate ha correttamente evidenziato gli atti che seguono la vita del trust e che, quindi, sotto il profilo fiscale rappresentano diversi momenti impositivi.

Secondo l'Amministrazione, infatti, la struttura giuridica del trust pone in evidenza i seguenti elementi o presupposti impositivi rilevanti agli effetti delle imposte indirette:

l'atto istitutivo di trust;

l'atto dispositivo (o di costituzione) di beni in trust;

eventuali operazioni compiute durante la vita del trust;

il trasferimento finale dei beni ai beneficiari.

Con riferimento alle ipotesi di cui *sub 1) e 2)*, pare opportuno ricordare che l'istituzione di un trust può essere realizzata mediante la stipulazione di due atti - l'atto c.d. istitutivo, con cui il disponente esprime la volontà di costituire un trust e quello, c.d. dispositivo, con il quale lo stesso disponente opera la dotazione patrimoniale del trust istituito - ovvero mediante la stipula di un solo atto che produca, contestualmente, gli effetti di entrambi gli atti ora indicati. Anche per ragioni di chiarezza espositiva, è opportuno tenere separati tali atti con riferimento all'imposizione in sede di registrazione, ossia in merito all'applicazione dell'imposta di registro, disciplinata dal d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131 (testo unico delle disposizioni in materia di imposta di registro, c.d. "tur").

Al riguardo, l'orientamento consolidatosi anteriormente alla circolare n. 48 del 2007(14) aveva ritenuto assoggettabile ad imposta fissa di registro, attualmente prevista nella misura di euro 168,00, l'atto istitutivo di trust che non contempli anche il trasferimento di beni nel trust (disposto quindi in un momento, e con un atto, successivo). Ciò, sulla base dell'art. 11, Tariffa, Parte prima, allegata al d.p.r. n. 131 del 1986, che disciplina la registrazione degli atti pubblici e delle scritture private autenticate non aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale.

Tale orientamento è stato poi accolto nella circolare n. 48 del 2007, dov'è testualmente rilevato che l'atto istitutivo con il quale il disponente esprime la volontà di costituire (*melius* istituire) il trust, ma che non contempli anche il trasferimento di beni nel trust, se redatto con atto pubblico o con scrittura privata autenticata, sarà assoggettato al tributo in esame in misura fissa ai sensi dell'indicata norma del tur.

Trattasi di conclusione ribadita altresì dalla più recente cir-

colare n. 3 del 2008 che, per l'ipotesi in cui i beni siano costituiti in trust successivamente all'istituzione del trust medesimo, ha richiamato espressamente il proprio precedente ribadendo nuovamente che "in tale ipotesi l'istituzione del trust è un atto privo di contenuto patrimoniale, da assoggettare, se redatto per atto pubblico o scrittura privata autenticata, all'imposta di registro in misura fissa ai sensi dell'art. 11 della Tariffa, Parte prima, allegata al Tur".

2.2. L'atto dispositivo di beni in trust.

Dopo aver affermato la gratuità dell'atto dispositivo con il quale il *settlor* vincola i beni in trust, la circolare n. 48 del 2007 ha chiarito che il trust può essere ricondotto nel più ampio *genus* dei vincoli di destinazione, con conseguente assoggettamento dell'istituto all'imposta sulle successioni e donazioni, disciplinata dal d.lgs. 31 dicembre 1990, n. 346 (testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni, c.d. "tus").

Posto che il trust è riconducibile alla categoria dei vincoli di destinazione, e così risolvendo in concreto i dubbi legati alla reintroduzione nel nostro ordinamento dell'imposta indicata(15), l'Agenzia delle entrate ha evidenziato che il primo approccio della normativa nazionale al trattamento del trust ai fini delle imposte indirette dev'essere ravvisato nell'art. 6, d. l. n. 262 del 2006, che ha dettato una specifica disciplina per la "(...) costituzione di vincoli di destinazione (...)", prevedendone l'assoggettamento ad imposta di registro.

Peraltro, in sede di conversione del predetto decreto, la legge n. 286 del 2006 lo ha modificato senza convertirne l'indicato art. 6, e ripristinando invece l'imposta sulle successioni e donazioni, istituita anche "(...) sulla costituzione di vincoli di destinazione (...)" secondo le disposizioni del tus, nel testo vigente al 24 ottobre 2001 (cfr., art. 2, commi da 47 a 49, d.l. n. 262 del 2006, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 286 dello stesso anno).

La legge finanziaria 2007 poi, ha integrato la disciplina dell'imposta sulle successioni e donazioni mediante l'introduzione di determinate franchigie in favore dei parenti in linea collaterale e dei portatori di handicap, nonché di esenzioni per il trasferimento a favore dei discendenti, di aziende o rami di esse, di quote sociali o di azioni (v. commi da 77 a 79 dell'unico articolo della legge finanziaria 2007, e per l'estensione dell'esenzione dall'imposta anche al trasferimento di aziende o rami di esse, di quote sociali o di azioni, effettuati a favore del coniuge, v. art. 1, comma 31, legge finanziaria 2008).

Una volta chiarito che secondo le disposizioni dell'art. 2, commi da 47 a 49, d. l. n. 262 del 2006, convertito in legge, l'imposta sulle successioni e donazioni si applica anche alla costituzione dei vincoli di destinazione, la circolare n. 48 del 2007 ha posto in evidenza una serie di peculiarità che caratterizzano i trust all'interno del più ampio *genus* dei vincoli di destinazione.

L'interpretazione della prassi sul regime fiscale di quei particolari vincoli di destinazione costituiti dai trust è stata poi ribadita, anche se con qualche mutamento interpretativo, dalla successiva circolare n. 3 del 2008 dell'Agenzia delle entrate.

2.2.1. L'orientamento della prassi sul trust autodichiarato.

La circolare n. 48 del 2007 ha rilevato che il trust comporta la segregazione dei beni del disponente (*settlor*) in un patrimonio separato gestito dal trustee, non mancando di affermare che rileva (e dunque è imponente) ai fini sulle successioni e donazioni anche il trust autodichiarato (ossia quel peculiare trust in cui la figura del *settlor* coincide con

quella del trustee).

Da subito, la più attenta dottrina aveva rilevato la forzatura insita in tale affermazione dell'Agenzia, soprattutto con riferimento al fatto che l'intestatario del bene (trustee) risulta essere lo stesso soggetto disponente (settlor), che nel trust autodichiarato non si verifica alcun trasferimento di beni e che l'imposta sulle successioni e donazioni è un'imposta d'atto, senza considerare che sembrerebbe logico pensare al verificarsi della tassazione solo se si individua un beneficiario, mentre in mancanza di un beneficiario individuato non si dovrebbe tassare il trasferimento dei beni in un trust autodichiarato(16).

Ciò non di meno, l'interpretazione fornita nella circolare n. 3 del 2008 l'Agenzia delle entrate ha rimarcato l'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni alla costituzione di beni in trust rileva "in ogni caso" e "indipendentemente dal tipo di trust".

Si legge infatti nella circolare indicata che: "Pertanto, anche nel trust autodichiarato, in cui il settlor assume le funzioni di trustee, l'attribuzione dei beni in trust, pur in assenza di formali effetti traslativi, deve essere assoggettato all'imposta sulle successioni e donazioni".

Secondo l'Agenzia, "Tale affermazione trae giustificato motivo dalla natura patrimoniale del conferimento in trust nonché dall'effetto segregativo che esso produce sui beni conferiti indipendentemente dal trasferimento formale della proprietà e, da ultimo, dal complessivo trattamento fiscale del trust che esclude dalla tassazione il trasferimento dei beni a favore dei beneficiari." (così, par. 5.4.2 della circolare n. 3 del 2008, *cit.*).

Si tratta di interpretazione da più parti largamente criticata. Autorevole dottrina ha infatti osservato come il Fisco, pur partendo da considerazioni assolutamente condivisibili (laddove sottolinea che il vincolo di destinazione va tassato con l'imposta fissa quando non vi è trasferimento di diritti da un soggetto all'altro, mentre solo il vincolo di destinazione che sorge in occasione di un trasferimento sconta la tassazione in misura proporzionale), attraverso una forzatura del proprio ragionamento, sul presupposto che il trust si differenzia dagli altri vincoli di destinazione, è giunto alla conclusione opposta anche con riferimento al trust autodichiarato (dove, non essendoci trasferimento, non dovrebbe esserci tassazione)(17).

Altri Autori hanno opportunamente rammentato la natura di atti interpretativi interni, senza forza di legge, delle circolari dell'Amministrazione finanziaria, non mancando di osservare che: "L'imposta di successione e donazione non è conforme alla natura del trust. Il trustee nel 99% dei casi non si arricchisce per evitare conflitti di interesse ed è chiamato ad amministrare i beni per conto terzi con vincoli fissati dal proprietario. Se anche si ammettesse un arricchimento del trustee, poi, bisognerebbe intendersi sul valore della ricchezza tassabile. Esistono del resto 250 tipi diversi di trust, dal diritto familiare al diritto societario, e può rivelarsi molto complicato dettare una disciplina unica per tutti"(18).

Invero, rispetto a quanto affermato nella precedente circolare n. 48 del 2007, il più recente intervento dell'Agenzia ha posto particolare enfasi sulle peculiarità dei trust rispetto al più ampio *genus* della "costituzione di vincoli di destinazione", laddove ha precisato che: "(...) il trust si differenzia dagli altri vincoli di destinazione, in quanto comporta la segregazione dei beni sia rispetto al patrimonio personale del disponente (disponente), sia rispetto a quello dell'intestata-

rio di tali beni (trustee).

Conseguentemente, detti beni confluiscono in un patrimonio a sé stante, di cui risulta intestatario il trustee (articolo 12 della Convenzione dell'Aja), che di fatto non appartiene né al patrimonio del disponente (che ha costituito su di esso il vincolo) né al patrimonio dello stesso trustee (che può disporre limitatamente alla sua gestione).

In sostanza, i beni del trust costituiscono un patrimonio con una specifica autonomia giuridica rispetto a quello del disponente e del trustee.

Ciò che palesa una caratteristica tipica del trust, non comune alle altre ipotesi di costituzione di vincoli di destinazione." (così, par. 5.4.1 della circolare n. 3 del 2008, *cit.*).

Da tali premesse l'Agenzia ha fatto derivare la conferma dell'interpretazione precedentemente fornita in merito alla costituzione dei beni in trust ai fini dell'imposta sulle successioni e donazioni, integrandola tuttavia con ulteriori specificazioni che, come ricordato, sono state fortemente criticate, originando da più parti l'auspicio di futuri interventi correttivi.

2.2.2. Aliquote e franchigie d'imposta.

La circolare n. 48 del 2007 ha affermato che il conferimento di beni nel trust (o il costituito vincolo di destinazione che ne è l'effetto) va assoggettato all'imposta sulle successioni e donazioni in misura proporzionale, sia esso disposto mediante testamento o per atto *inter vivos*; che il trust si sostanzia in un rapporto giuridico complesso con un'unica causa fiduciaria, per cui tutte le vicende del trust (istituzione, dotazione patrimoniale, gestione, realizzazione dell'interesse del beneficiario, il raggiungimento dello scopo) sono collegate dalla medesima causa.

Alla luce di tali considerazioni, secondo l'Agenzia la costituzione del vincolo di destinazione avviene sin dall'origine a favore del beneficiario (naturalmente nei trust con beneficiario) ed è espressione dell'unico disegno volto a consentire la realizzazione dell'attribuzione liberale.

Conseguentemente, secondo la circolare indicata, ai fini della determinazione delle aliquote dell'imposta sulle successioni e donazioni, che si differenziano in dipendenza del rapporto di parentela e affinità, occorre guardare al rapporto intercorrente tra il disponente e il beneficiario (e non a quello tra disponente e trustee).

Ai fini dell'applicazione delle aliquote ridotte così come delle franchigie d'imposta, l'Agenzia ha precisato che "(...) il beneficiario deve poter essere identificato, in relazione al grado di parentela con il disponente, al momento della costituzione del vincolo. (...)".

Sulla scorta di tale chiarimento, non sembra si debba trattare di un beneficiario attuale, potendo esso essere anche futuro, come confermato anche dall'esempio riportato nella stessa circolare n. 48 del 2007, che, per l'applicazione dell'aliquota ridotta del 4 per cento prevista tra parenti in linea retta, ha ritenuto sufficiente sapere che il beneficiario di un trust familiare sarà il primo nipote al conseguimento della maggiore età.

Secondo la prassi amministrativa, invece, nel trust di scopo, in quanto gestito per realizzare un determinato fine senza indicazione di beneficiario finale, l'imposta sarà dovuta con l'aliquota proporzionale dell'8 per cento prevista per i vincoli di destinazione a favore di "altri soggetti" (art. 2, comma 48, lett. c), d. l. n. 262 del 2006, convertito in legge).

Anche tale interpretazione dell'Agenzia è stata da subito accusata di peccare sotto il profilo della conformità con il fondamentale principio della capacità contributiva, sancito dalla

nostra Carta Costituzionale all'art. 53, primo comma, secondo il quale: "Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva".

In particolare, è stato osservato che nel trust di scopo la manifestazione di capacità contributiva dovrebbe ricercarsi nella mera segregazione patrimoniale di un bene, mentre la circolare dell'Agenzia tenderebbe ad escludere tale ricostruzione laddove afferma che la tassazione "ha come presupposto il trasferimento di ricchezza ai beneficiari finali" (19).

Ribadendo che il trust si sostanzia in un rapporto giuridico complesso con un'unica causa fiduciaria anche, la recente circolare n. 3 del 2008 ha confermato che da tale unicità di causa discende l'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni nella misura proporzionale dell'8 per cento, che deve essere corrisposta al momento della segregazione del patrimonio.

La prassi citata, inoltre, conferma che ciò si verifica nel caso di trust costituito nell'interesse di soggetti che non sono legati al disponente da alcun vincolo di parentela; nel trust di scopo, gestito per realizzare un determinato fine senza indicazione di beneficiario finale, e nel trust costituito nell'interesse di soggetti genericamente indicati e non identificabili in relazione al grado di parentela.

Per l'ipotesi di trust costituito nell'interesse di uno o più beneficiari finali, anche se non individuati, il cui rapporto di parentela con il disponente sia determinato, è confermato che in tal caso l'aliquota d'imposta si applica con riferimento al rapporto di parentela intercorrente tra il disponente e il beneficiario e non a quello intercorrente tra il disponente e il trustee, con la precisazione che: "Qualora la disposizione segregativa sia generica, tale da non consentire l'individuazione del soggetto beneficiario, non è consentito usufruire delle franchigie, posto che queste rilevano con riferimento a ciascun beneficiario tenendo conto delle disposizioni precedentemente poste in essere in suo favore dallo stesso disponente" (così, par. 5.4.2. della circolare n. 3 del 2008, *cit.*). Infine, sia la circolare n. 48 del 2007, che la successiva, chiariscono che la costituzione del vincolo di destinazione in un trust disposto a favore dei discendenti del settlor non è soggetta all'imposta qualora abbia ad oggetto aziende o rami di esse, quote sociali e azioni. Ciò, in applicazione del comma 4-ter dell'art. 3, d.lgs. n. 346 del 1990, introdotto dal comma 78 dell'unico articolo della legge finanziaria 2007, comma che, a seguito della modifica operata dal legislatore fiscale per il 2008, manda esente dall'imposta sulle successioni e donazioni anche il trasferimento di aziende o rami di esse, di quote sociali o di azioni, effettuati a favore del coniuge (in tal senso la norma indicata, come da ultimo modificata dall'art. 1, comma 31, legge finanziaria 2008).

2.3. Le (eventuali) operazioni effettuate durante la vita del trust.

Durante la vita del trust, il trustee può compiere operazioni di gestione del patrimonio.

Secondo la prassi amministrativa eventuali atti di acquisto o di vendita di beni sono soggetti ad autonoma imposizione, secondo la natura e gli effetti giuridici che li caratterizzano, da esaminare volta per volta con riferimento al caso concreto.

Tale precisazione, contenuta nella circolare n. 48 del 2007 dell'Agenzia delle entrate, è stata confermata dal successivo intervento dell'Amministrazione, che ha esemplificato il caso in cui la disposizione fosse una cessione a titolo oneroso, la quale sarebbe assoggettata all'imposta di registro nella mi-

sura ordinariamente prevista dal Tur.

2.4. Il trasferimento finale dei beni ai beneficiari.

Secondo la prassi amministrativa (20), ai fini dell'imposta sulle successioni e donazioni, la devoluzione ai beneficiari dei beni vincolati in trust non realizza un presupposto impositivo ulteriore.

I beni, infatti, hanno già scontato l'imposta sulla costituzione del vincolo di destinazione al momento della segregazione in trust, funzionale all'interesse dei beneficiari.

Secondo la circolare n. 48 del 2007, inoltre, poiché la tassazione, che ha come presupposto il trasferimento di ricchezza ai beneficiari finali avviene al momento della costituzione del vincolo, l'eventuale incremento del patrimonio del trust non sosterà l'imposta sulle successioni e donazioni al momento della devoluzione.

La successiva circolare n. 3 del 2008 ha poi precisato che, al fine della individuazione dei soggetti passivi tenuti al pagamento dell'imposta, occorre far riferimento all'art. 5, comma 1, del Tus, in base al quale: "L'imposta è dovuta dagli eredi e dai legatari per le successioni, dai donatari per le donazioni e dai beneficiari per le altre liberalità tra vivi". Ciò posto, conclude l'Agenzia, il soggetto passivo dell'imposta sulle successioni e donazioni è il trust, in quanto immediato destinatario dei beni oggetto della disposizione segregativa.

2.5. Le imposte ipotecaria e catastale.

Qualora oggetto di trasferimento al trust siano beni immobili o diritti reali immobiliari, il trustee dovrà necessariamente adempiere alle formalità di trascrizione, iscrizione, rinnovazione e annotazione nei pubblici registri immobiliari. Il trustee sarà altresì tenuto al versamento delle relative imposte ipotecaria e catastale che, in mancanza di specifiche disposizioni, si applicano ai vincoli di destinazione secondo le modalità stabilite dal d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347 (testo unico delle disposizioni concernenti le imposte ipotecaria e catastale, c.d. "Tuic").

Come chiarito dalla prassi amministrativa (21), infatti, tali imposte si applicano agli atti *inter vivos* o *mortis causa* riconducibili nell'ambito dell'imposta sulle successioni e donazioni che comportino il trasferimento di beni immobili o diritti reali immobiliari, rispettivamente, per la formalità della trascrizione e per la voltura catastale degli atti stessi.

In particolare, le imposte indicate sono dovute nella misura proporzionale, pari rispettivamente al 2 e all'1 per cento, solo relativamente alla trascrizione di atti che conferiscono nel trust, con effetti traslativi, i menzionati beni e diritti, ossia per le disposizioni e gli atti ad effetto traslativo.

Pertanto, le imposte si applicano nella misura proporzionale indicata sia all'attribuzione con effetti traslativi di beni immobili o diritti reali immobiliari effettuata al momento della costituzione del vincolo, sia al successivo trasferimento dei beni medesimi in seguito allo scioglimento del vincolo, nonché ai trasferimenti eventualmente effettuati durante la vigenza del vincolo (22).

Note:

(1) La nozione di "trust interno" di cui al testo è quella comunemente utilizzata, ed è stata proposta inizialmente da M. Lupoi, *Introduzione ai trust*, 1994.

(2) La legge indicata nel testo, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)", è pubblicata nella G. U. 27 dicembre 2006, n. 299,

S.O.

(3) Tutta la prassi indicata nel testo è consultabile sul sito dell'Agenzia delle entrate: www.agenziaentrate.it; ovvero in *fisconline - banca dati tributaria*.

(4) Invero, l'art. 1, tuir, testualmente dispone che il presupposto dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, c.d. Irpef, è "il possesso di redditi in denaro o in natura rientranti nelle categorie indicate nell'articolo 6", che classifica i singoli redditi nelle seguenti categorie: redditi fondiari, redditi di capitale, redditi di lavoro dipendente, redditi di lavoro autonomo, redditi di impresa e redditi diversi (v. art. 6, comma 1, tuir).

(5) Invero, la lett. a) del comma 74, dell'unico articolo della legge finanziaria 2007 (rubricato "soggettività passiva tributaria dei Trust"), inserisce i trust tra gli enti pubblici e privati diversi dalle società, residenti nel territorio dello Stato, che hanno o meno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali di cui alle lettere b) e c) del primo comma dell'art. 73 tuir, nonché tra le società e gli enti di ogni tipo, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato, di cui alla lettera d) della norma indicata.

Tale autonoma soggettività passiva del trust è stata rilevata dalla prassi amministrativa anche nella più recente circolare n. 3 del 2008 (in particolare, par. 5.4.1).

(6) Conseguentemente, - si legge nel par. 3 della circolare n. 48 del 2007 di cui al testo - un trust che non esercita attività commerciale, compreso quindi tra i soggetti di cui all'art. 73, comma 1, lett. c), tuir, e che possiede, a titolo esemplificativo, titoli soggetti alle disposizioni del d.lgs. 1° aprile 1996, n. 239, vedrà interessi, premi ed altri frutti relativi a detti titoli sottoposti ad imposizione sostitutiva, ai sensi dell'art. 2 del decreto citato. Del pari, sono assoggettati a ritenuta d'imposta i redditi delle obbligazioni e titoli similari indicati nell'art. 26, comma 1, d.p.r. n. 600 del 1973, percepiti dai trust non esercenti attività d'impresa commerciale, e sono assoggettati ad imposizione sostitutiva delle imposte sui redditi, nella misura del 12,50 per cento, taluni redditi diversi di natura finanziaria indicati nell'art. 67, comma 1, lettere da c-bis) a c-quinquies), tuir, se percepiti da trust non commerciali residenti.

(7) Per un maggior approfondimento sul punto e un'elencazione esemplificativa delle possibili clausole di atti istitutivi di trust, cfr. M. Lupoi, *Imposte dirette e trust*, in *Corr. trib.*, 2007, 253 ss.

(8) Così, circolare n. 48 del 2007, cit., nella quale è altresì precisato che, se ha scontato una tassazione a titolo d'imposta o di imposta sostitutiva in capo al trust che lo ha realizzato, il reddito non concorre alla formazione della base imponibile, né in capo al trust opaco né, in caso di imputazione per trasparenza, in capo ai beneficiari.

Secondo l'Agenzia, infatti, ad una doppia imposizione ostano i principi generali dell'ordinamento interno, che impediscono l'imposizione in capo a più soggetti passivi di redditi prodotti o realizzati in dipendenza di uno stesso presupposto (art. 163 del tuir). Sulla base degli stessi principi, i redditi conseguiti e correttamente tassati in capo al trust prima della individuazione dei beneficiari (ossia quando il trust era "opaco"), non possono scontare una nuova imposizione in capo a questi ultimi a seguito della loro distribuzione.

Il credito d'imposta per le imposte pagate all'estero in via definitiva, disciplinato dall'art. 165 tuir, spetta al trust nel caso di trust "opaco", mentre qualora il trust sia "trasparente" e il reddito sia imputato ai beneficiari, il credito d'imposta spetta ai singoli bene-

ficiari in proporzione al reddito imputato, analogamente a quando disposto dall'art. 165, comma 9, tuir, per le società che hanno optato per il regime della trasparenza. In caso di trust "misto", ossia nel caso in cui il trust attribuisca solo parte del reddito ai beneficiari e sia, quindi, in parte opaco e in parte trasparente, la detrazione spetta al trust e ai beneficiari in proporzione al reddito imputato.

(9) La legge indicata nel testo, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)" è pubblicata nella G. U. 28 dicembre 2007, n. 300, S.O.

(10) Il decreto di cui al testo, recante "Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi", è pubblicato nella G. U. 16 ottobre 1973, n. 268, n. 1, S.O.

(11) Cfr. Agenzia delle entrate, circolare n. 48 del 2007, cit., in particolare par. 3.2.

(12) Oltre che di una specifica normativa civilistica di riferimento, al di là del recepimento nel nostro Paese della Convenzione de l'Aja del 1° luglio 1985.

(13) Il d.l. n. 262 del 2006 di cui al testo, recante "Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria", è pubblicato nella G. U. 3 ottobre 2006, n. 230.

(14) Per la prassi amministrativa, cfr. Agenzia delle entrate, Direzione centrale normativa e contenzioso, nota 28 settembre 2004, su www.il-trust-in-italia.it; nonché Agenzia delle entrate Liguria, parere 24 luglio 2003, n. 19972/2003, in *fisconline - banca dati tributaria* e in www.agenziaentrate.it.

(15) E in particolare il dubbio legato alla possibilità o meno di far rientrare gli atti di dotazione patrimoniale del trust nella locuzione "costituzione di vincoli di destinazione" di cui al tus indicato nel testo.

(16) Cfr., tra i tanti, F. Guffanti, *I trust nelle imposte indirette alla luce delle indicazioni dell'Agenzia delle entrate*, in *Corr. trib.*, 2007, 3835 ss.

(17) Cfr. A. Busani, *Donazioni, Fisco-choc sulle fiduciarie - Le intestazioni vanno assoggettate all'8% - Colpiti anche i trust "opachi"*, in *IlSole24ore* del 23 gennaio 2008.

(18) Così, A. Moja, citato da M. Bellinazzo, *Donazioni, il "no" delle fiduciarie - Replica ufficiale dell'associazione che invita a non dare seguito al Fisco*, in *IlSole24ore* del 24 gennaio 2008, dove, nello stesso senso, citati anche V. Uckmar e G. De Vito.

L'inadeguatezza dell'impostazione fornita dall'Amministrazione finanziaria con la circolare n. 3 del 2008 è stata rilevata anche da R. D'Imperio, *Il trust paga come la donazione - L'imposta si applica anche se la proprietà dei beni non cambia*, in *IlSole24ore* del 25 febbraio 2008.

(19) In tal senso, l'ABI, Associazione Bancaria Italiana, circolare 17 ottobre 2007, n. 19, Serie Tributaria, richiamata da F. Guffanti, *I trust nelle imposte indirette alla luce delle indicazioni dell'Agenzia delle entrate*, cit., in particolare, 3837.

(20) E ciò, in particolare, sia secondo la circolare n. 48 del 2007, che in forza del successivo intervento dell'Agenzia, effettuato con la circolare n. 3 del 2008.

(21) E in particolare, sia dalla circolare n. 48 del 2007, che nella circolare n. 3 del 2008.

(22) In tal senso E. M. Guerra, *Ipocatastali in proporzione*, in *IlSole24ore* del 25 febbraio 2008.

Sezione di diritto penale

Sentenze e Ordinanze

Corte d'Appello di Genova, sez. I pen., 11 febbraio 2010.

DELITTI contro la persona - omicidio colposo - investimento lavoratore all'opera su sede stradale - velocità eccessiva - sussistenza.

(Art. 589 c.p. art. 141 D. Lgs. 285/1992)

DELITTI contro la persona - omicidio colposo - prescrizione piano operativo sicurezza - capo cantiere - inottemperanza - sussistenza.

(Art. 589 c.p., art 4 c.5 D.L.vo 626/94)

DELITTI contro la persona - omicidio colposo - rischi specifici impresa appaltatrice - responsabile lavori - mancata cooperazione per rischi specifici - responsabilità - esclusione.

(Art. 589 c.p. - art. 4 D.L.vo 626/94 - art. 7 DPR 554/99)

È responsabile di omicidio colposo il guidatore che procedendo ad una velocità superiore rispetto al limite imposto investa un lavoratore che, intento allo smantellamento di un cantiere sulla sede stradale, munito di tuta ben visibile e con un cartello stradale in mano, iniziava con andatura normale l'attraversamento della carreggiata.

È responsabile di omicidio colposo il capo cantiere di una impresa esecutrice il quale per colpa consistita in negligenza imprudenza imperizia nonché in violazione dell'art 4 c.5 D.L.vo 626/94 ometteva di attenersi alle prescrizioni impartite nel piano operativo di sicurezza.

Il capo cantiere ha l'obbligo che discende dall'art. 4 D.L.vo 626/94 di sorvegliare sull'esatta applicazione delle norme poste a tutela dei lavoratori e delle norme di comune prudenza che vincolano i destinatari in ogni fase del lavoro.

Non è responsabile di omicidio colposo il responsabile dei lavori il quale non cooperi all'attuazione delle misure di prevenzione e di coordinamento degli interventi di protezione e prevenzione dei rischi con le ditte in appalto o subappalto qualora i rischi dell'attività lavorativa siano specifici delle imprese appaltatrici.

EL.PAG.

(...Omissis...)

Il processo trae origine dall'investimento di un lavoratore di una ditta in subappalto intento ad attraversare la sede stradale con un cartello in mano durante le operazioni di smantellamento di un cantiere.

Il Giudice di primo grado aveva riconosciuto la responsabilità in capo al guidatore del veicolo, al responsabile dei lavori nominato dal committente e al capo cantiere della impresa esecutrice. Non era stata presa in considerazione la condotta del datore di lavoro dell'impresa affidataria in quanto deceduto nelle more del processo.

La sentenza di appello, ripercorrendo la dinamica dell'evento alla luce delle deposizioni testimoniali e analizzando i motivi di impugnazione presentati, riconferma la penale responsabilità del guidatore e del capo cantiere dell'impresa esecutrice.

Per quanto riguarda la condotta del guidatore sono state considerate sia le indagini di polizia sia le consulenze tecniche del pubblico ministero e delle altre parti dalle quali emergeva una velocità inidonea e pericolosa e comunque oltre il limite imposto sulla tratta. Sono state altresì considerate ulteriori deposizioni testi-

moniali dalle quali è emerso sia che il lavoratore investito era ben visibile in quanto indossava un abbigliamento prescritto proprio per una sua maggiore visibilità sia che la figura del lavoratore, il quale trasportava il cartello stradale, era gravata da un vistoso e pesante ingombro e conseguentemente ciò, oltre a rilevare ulteriormente in punto visibilità, comportava anche la prova che lo stesso lavoratore investito non poteva tenere un'andatura veloce.

La condotta del guidatore pertanto oltre a integrare la violazione dell'art. 142 II c. e 141 III c. del Codice della Strada è stata ritenuta sintomatica anche in ordine ad un atteggiamento di distrazione che ha caratterizzato la sua guida.

Ulteriori considerazioni sono state svolte in ordine alla conferma della penale responsabilità del capo cantiere della impresa esecutrice. Tali considerazioni hanno ad oggetto l'analisi della organizzazione e distribuzione del lavoro dal punto di vista del rispetto della normativa relativa alla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori.

Secondo i giudici di secondo grado è emersa una sommarietà organizzativa in cui agiva la squadra di lavoro ed una notevole trascuratezza riguardo alla sicurezza e formazione efficace dei lavoratori.

La procedura operativa per l'attraversamento della sede stradale in sicurezza era contemplata nel piano operativo di sicurezza predisposto dal datore di lavoro per il cantiere e l'adozione di tutte le cautele previste dal piano avrebbe impedito l'evento.

Il capo cantiere aveva l'obbligo, che gli discende dall'art. 4.5 D.Lvo 626/94 (oggi previsto dall'art. 19 D.L.vo 81/08) di sorvegliare sull'esatta applicazione delle norme previste in tema di prevenzione infortuni e di comune prudenza, norme che vincolano i destinatari in ogni fase di lavoro.

Nel caso di specie è emerso che il capo squadra, nel corso dello smantellamento del cantiere, operazione che comportava l'attraversamento della sede stradale, non aveva ritenuto opportuno adibire un operaio che segnalasse agli autoveicoli la presenza dei lavoratori ciò in quanto sia era già presente un limite di velocità sia il lavoratore adibito alla segnalazione si sarebbe trovato in posizione altamente pericolosa.

La Corte osserva che il responsabile del cantiere, in quel momento, aveva l'obbligo di disporre tutte le misure necessarie per la salute e sicurezza dei lavoratori e di pretenderne l'osservanza da parte degli operai, per questo ha violato espressi doveri imposti dall'art. 4 c.5 D.Lvo 626/94.

Poiché il piano operativo di sicurezza predisposto dall'impresa prevedeva, nello specifico, l'obbligo di adottare la precauzione di un lavoratore che segnalasse la presenza della squadra e poiché procedendo al c.d. giudizio contro fattuale così come stabilito dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite con sentenza del 10/7/2001 n. 30328 il puntuale adempimento della prescrizione contenuta nel POS avrebbe impedito l'evento, il capo cantiere avrebbe dovuto attenersi a tali regole e pretendere da parte dei lavoratori la loro osservanza.

L'affidamento sulla esperienza degli operai, sul loro affiatamento e abitudine a lavorare insieme, in certe situazioni contingenti quando l'operazione è particolarmente pericolosa, non può essere considerato sufficiente.

Per quanto riguarda la posizione del responsabile dei lavori la sentenza di primo grado condannava l'imputato in quanto i piani di sicurezza, piano sostitutivo dell'impresa affidataria e piano opera-

tivo dell'impresa esecutrice, non avevano tenuto conto della assoluta specificità di quel tratto di strada e pertanto la condotta aveva violato l'art. 7 DPR 554/99 che, nel porre a carico del datore di lavoro alcuni obblighi, sia nel fornire dettagliate informazioni sui rischi specifici e sia nel cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dei lavoratori, determina a carico del datore di lavoro una posizione di garanzia e di controllo dell'integrità fisica anche del lavoratore dipendente dell'appaltatore.

La sentenza di appello nel prevedere l'esclusione della penale responsabilità del responsabile dei lavori prende in esame in primis i documenti di sicurezza predisposti per il cantiere. Il P.S.S. prevedeva, quale rischio di carattere generale, il rischio di investimento dei lavoratori operanti nei cantieri stradali da parte di veicoli; il POS prevedeva inoltre specifici adempimenti per l'attraversamento della sede stradale.

Sono stati altresì considerati ulteriori adempimenti che erano stati svolti dal responsabile dei lavori prima dell'affidamento dell'appalto quali: la verifica dell'idoneità tecnico professionale delle imprese appaltatrici, la formazione di dettagliate informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambito in cui i lavoratori dovevano operare, la cooperazione nell'attuazione delle misure di prevenzione e di coordinamento degli interventi di protezione e prevenzione dei rischi.

In ordine all'obbligo di cooperare la Corte osserva che "non si doveva intendere esteso ai rischi specifici propri delle imprese appaltatrici".

In particolare la Società subappaltatrice aveva assunto l'incarico di eseguire dei lavori particolari ed aveva effettuato tali lavori con propri mezzi e con proprie maestranze. Si trattava quindi di un lavoro specifico affidato ad una impresa specializzata che, meglio del responsabile dei lavori, avrebbe potuto valutare l'opportunità, durante l'esecuzione dei lavori, di porre segnali nelle zone più adeguate per lo svolgimento degli stessi per cui non si può attribuire all'imputato alcun addebito.

Inoltre osserva la Corte, effettuando anche in relazione alla condotta ascritta al responsabile dei lavori il c.d. giudizio contro fattuale di cui alla sentenza Franzese sopra richiamata, la presenza di piani specifici non avrebbe impedito l'evento perché questo si è verificato per le concomitanti condotte colpose del guidatore e del capo cantiere.

(... Omissis...)

Tribunale di Genova – Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 8 marzo 2010 – Giudice Cusatti.

REATI IN MATERIA AMBIENTALE – abbandono di rifiuti – mancata ottemperanza ordinanza di rimozione – ordinanza assunta da organo incompetente – reato – insussistenza.

(Art. 255 D. L.vo n. 152/2006)

REATI IN MATERIA AMBIENTALE – abbandono di rifiuti – ordinanza rimozione rifiuti – competenza – normativa ex T.U. Enti locali a dirigenti comunali – normativa ex T.U. ambiente ai sindaci – svista del legislatore – insussistenza – applicazione principio lex posterior.

(Art. 255 D. L.vo n. 152/2006, artt- 50 c. 3 e 107 c. 5 D. L.vo. 267/2000)

REATI IN MATERIA AMBIENTALE – abbandono di rifiuti – mancata ottemperanza ordinanza di rimozione – ordinanza assunta da organo incompetente – elusione - reato - insussistenza.

(Art. 255 D. L.vo n. 152/2006)

REATI IN MATERIA AMBIENTALE – abbandono di rifiuti – natura del rifiuto – veicolo – applicabilità codice della strada-sussistenza – ordinanza – ammissibilità – elusione - reato - insussistenza.

(Art. 159 c. 5 D. Lgs. 285/1992, art. 255 D. L.vo n. 152/2006)

Non sussiste il reato di cui all'art. 255 comma 3 D. L.vo n. 152/2006 per aver ommesso di ottemperare ad un'ordinanza adottata nei confronti dell'imputato ai sensi dell'articolo 192 del medesimo T.U. delle norme in materia ambientale qualora l'ordinanza che si assume violata per omissione risulti adottata da un organo diverso rispetto a quello al quale il legislatore ha esplicitamente attribuito i relativi poteri. (Nell'ipotesi in esame l'imputato aveva ricevuto un'ordinanza che disponeva operazioni di smaltimento di rifiuti abbandonati o depositati in modo incontrollato - nel caso in esame consistenti in un motociclo di proprietà dello stesso imputato e da questi abbandonato sulla pubblica via - adottata dal Responsabile del settore ambiente ed igiene del Comune di Genova anziché dal Sindaco).

E' pur vero che nella vigenza del precedente T.U. in materia ambientale (segnatamente, il D. Lgs. n. 22/1997 - cd. decreto Ronchi -), a seguito dell'entrata in vigore del T.U. sugli enti locali n. 267/2000 con il quale è stato codificato il principio della separazione, in seno alle amministrazioni locali, tra le funzioni dei dirigenti e quelle degli organi politici, la previgente disposizione dell'articolo 14 del citato decreto 22/97 è stata interpretata nel senso che il potere di ordinanza in subiecta materia spettasse non al Sindaco, per quanto ivi espressamente richiamato, bensì - sulla scorta del combinato disposto tra quella norma e l'art. 107, 5° co., T.U. sugli enti locali - al dirigente amministrativo di settore. Tuttavia l'art. 50, 3° co. T.U. sugli enti locali cit. ha fatto salve, in capo ai Sindaci, le funzioni loro attribuite dalle leggi, con ovvio riferimento a quelle di emanazione successiva rispetto alla data di vigenza del medesimo T.U. sugli enti locali. Non si vede, pertanto, come possa pensarsi che il legislatore nell'attribuire espressamente al Sindaco, nel 2006, il potere di emettere ordinanze in una materia che pure, nel 2000, era stata attribuita ex professo al dirigente amministrativo abbia commesso una svista.

Versandosi all'evidenza in materia di rapporto tra fonti normative di pari rango legislativo, il relativo contrasto non può che essere risolto sulla scorta del principio della prevalenza della lex posterior - appunto il T.U. delle norme in materia ambientale - posto dall'art. 15 delle preleggi, a maggior ragione se supportato anche dal criterio di specialità (ictu oculi sussistente tra la materia ambientale e quella, ben più generale, della disciplina normativa degli enti locali).

Per ragioni sistematiche e di rispetto del dettato costituzionale in tema di tassatività della norma incriminatrice, deve escludersi ogni ricorso a soluzioni ermeneutiche che si risolvano in applicazioni analogiche in malam partem di altre norme ritenute idonee a saldarsi con quella che si assume violata. Pertanto eludere l'ordinanza emessa da un dirigente comunale non può implicare, per carenza di tipicità della condotta, la violazione di una norma che, come l'art. 255 D. L.vo n. 152/2006, sanziona l'inottemperanza ad un provvedimento emesso dal Sindaco.

Qualora il bene oggetto dell'ordinanza abbia la duplice natura di "veicolo" e di "rifiuto", si ha una sovrapposizione di competenze in quanto il testo tuttora vigente dell'art. 159, 5° comma, del Codice della Strada contempla i poteri degli organi di polizia - e dunque della stessa Polizia Municipale - in materia di "rimozione di veicoli in sosta che, per il loro stato o per altro fondato motivo si possa ritenere che siano stati abbandonati". Ne discende che il provvedimento dirigenziale di cui in atti sarebbe legittimo ove emesso sulla scorta di quella diversa norma del Codice della Strada, che tuttavia non prevede la sanzione penale di cui all'art. 255 del T.U. sulle norme in materia ambientale.

CR.BR.

(...*Omissis*...) Il Giudice letta la richiesta del P.M. di emissione di decreto penale di condanna a carico dell'imputato FE in relazione al reato di cui all'art. 255 D. L.vo 152/2006, per aver omesso di ottemperare ad un'ordinanza adottata nei di lui confronti ai sensi dell'articolo 192 del medesimo T.U. delle norme in materia ambientale; preso atto degli esiti degli ulteriori accertamenti sollecitati da questo giudice e qui trasmessi dal P.M. - contestualmente alla reiterazione della richiesta di cui sopra - in data 2 marzo 2010, osserva quanto segue.

La complessità delle vicende normative che hanno condotto all'attuale configurazione dell'illecito contestato come in atti merita una breve ricostruzione storico-sistematica.

La disposizione asseritamente violata dall'imputato appresta tutela penale al potere del sindaco di disporre, con ordinanza, le operazioni di smaltimento di rifiuti abbandonati o depositati in modo incontrollato - nel caso in esame consistenti in un motociclo di proprietà dello stesso FE e da questi abbandonato sulla pubblica via -.

Si tratta di un'ordinanza che rientra non già tra quelle cd. contingibili ed urgenti, quale ad esempio quella formalmente definita in tal modo dal precedente art. 191 dello stesso T.U. 152/2006, bensì tra quelle che sono espressione del generale potere di emettere provvedimenti amministrativi sulla scorta di leggi e regolamenti. La violazione delle ordinanze appartenenti a tale categoria non è, pertanto, sussumibile nell'alveo dell'art. 650 c.p., bensì dà luogo semplicemente all'illecito amministrativo previsto dall'articolo 7-bis del T.U. sugli Enti Locali n. 267/2000: e però la specifica ordinanza prevista dal citato art. 192 trova una tutela penale *ad hoc* nell'art. 255, co. 3° del T.U. sulle norme in materia ambientale, che appunto contempla il reato per il quale si procede nei confronti dell'odierno imputato.

Lo stesso articolo 192 prevede espressamente, però, che l'ordinanza *de qua* sia emessa dal Sindaco: "*il Sindaco dispone con ordinanza le operazioni a tal fine necessarie ...*": laddove, nel caso di specie, l'ordinanza di cui il P.M. ha contestato a FE la mancata ottemperanza è stata emessa dal Responsabile del settore ambiente ed igiene del Comune di Genova, non dal Sindaco. Per altro verso, a seguito degli accertamenti sollecitati da questo giudice non è emersa l'emanazione di alcun atto di delega dal Sindaco al suddetto Responsabile di settore - ad ammettere che possa trattarsi di attività suscettibile di delega -: sicché deve ritenersi che il provvedimento sia stato emesso da tale dirigente in forza delle proprie attribuzioni.

In estrema sintesi, l'ordinanza che si assume violata per omissione risulta adottata da un organo diverso rispetto a quello al quale il legislatore ha esplicitamente attribuito i relativi poteri.

D'altro canto, già nelle norme previgenti al T.U. delle norme in materia ambientale (segnatamente, nel D. Lgs. n. 22/1997 - cd. decreto Ronchi -) erano previste norme simili alle vigenti, e citate, disposizioni di cui agli art. 192 e 255. Si trattava dell'art. 14 (riguardo al potere di ordinanza) e dell'art. 50, comma 2° (riguardo alle sanzioni per la mancata ottemperanza). Anche tali disposizioni, analoghe a quelle attuali, prevedevano il potere del Sindaco, e non del dirigente comunale di settore, di emettere l'ordinanza di rimozione di rifiuti abbandonati.

E' poi intervenuto il T.U. sugli enti locali n. 267/2000, con il quale è stato codificato il principio della separazione, in seno alle amministrazioni locali, tra le funzioni dei dirigenti e quelle degli organi politici (per quanto qui rileva sindaco, giunta, consiglio comunale) ed è stata prevista, oltre alla competenza residuale della giunta comunale, la competenza del sindaco in relazione a tutti gli atti attribuiti al Comune dalla legge (v. l'art. 50 comma 3), con l'eccezione di quelli che, a norma dell'art. 107, spettano invece ai

dirigenti: segnatamente, il 2° comma di tale ultima disposizione statuisce che "*spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale*"; mentre il successivo 3° comma, alla lett. g), prevede l'attribuzione ai dirigenti di "*tutti i provvedimenti di sospensione dei lavori, abbattimento e riduzione in pristino di competenza comunale, nonché i poteri di vigilanza edilizia e di irrogazione delle sanzioni amministrative previsti dalla vigente legislazione statale e regionale in materia di prevenzione e repressione dell'abusivismo edilizio e paesaggistico-ambientale*".

Il quadro normativo di riferimento risulta ulteriormente definito dalla previsione della necessità di specifiche disposizioni legislative per derogare alle predette attribuzioni dei dirigenti (v. l'art. 107 cit., co. 4°) ed altresì dall'esplicita abrogazione di ogni disposizione di legge non compatibile con i nuovi principi così introdotti (v. il co. 5° della stessa disposizione), salvo quanto previsto dagli artt. 50, co. 3°, e 54 dello stesso T.U. sugli enti locali: come a dire che in ogni provvedimento normativo - ovviamente pregresso - in cui risultino attribuiti al Sindaco poteri non già di indirizzo e controllo politico-amministrativo, bensì di gestione amministrativa, finanziaria e tecnica, questi devono intendersi riferiti, a far tempo dalla data di entrata in vigore del T.U. sugli enti locali, ai dirigenti dei rispettivi settori dell'amministrazione comunale.

Così, a seguito dell'entrata in vigore di quel nuovo *corpus* normativo, la previgente disposizione dell'articolo 14 del citato decreto 22/97 è stata interpretata nel senso che il potere di ordinanza *in subiecta materia* spettasse non al Sindaco, per quanto ivi espressamente richiamato, bensì - sulla scorta del combinato disposto tra quella norma e il predetto art. 107, 5° co., T.U. sugli enti locali - al dirigente amministrativo di settore.

Tuttavia il menzionato art. 50, 3° co. ha fatto salve, in capo ai Sindaci, le funzioni loro attribuite dalle leggi, con ovvio riferimento a quelle di emanazione successiva rispetto alla data di vigenza del medesimo T.U. sugli enti locali: per quelle precedenti, difatti, era già sufficiente la menzionata clausola "sostitutiva" generale di cui al citato art. 107, 5° comma.

Si tratta, allora, di inquadrare in tale contesto il "nuovo" potere di ordinanza previsto dall'art. 192 T.U. sulle norme ambientali, richiamato a fini sanzionatori dal successivo art. 255 qui in esame. E' di tutta evidenza che il legislatore del 2006 non può aver omesso di considerare che le disposizioni del T.U. in materia ambientale sarebbero venute a saldarsi, quanto alla ripartizione di attribuzioni tra Sindaco e dirigenti amministrativi del Comune, in un ambito già compiutamente disciplinato dai principi generali in materia di enti locali - risalenti a sei anni prima - di cui si è detto: non si vede, pertanto, come possa pensarsi che l'aver attribuito espressamente al Sindaco, nel 2006, il potere di emettere ordinanze in una materia che pure, nel 2000, era stata attribuita *ex professo* al dirigente amministrativo sia frutto di una svista o, peggio, debba essere interpretato, quasi fosse una norma previgente al 2000, sulla scorta del citato art. 107, 5° comma, T.U. sugli enti locali.

Né può seriamente dubitarsi che lo stesso D. L.vo sulle norme in materia ambientale n. 152/2006 sia un Testo Unico cd. "fonte", e non anche un T.U. meramente ricognitivo di norme previgenti: depone in tal senso, per vero, la circostanza che l'art. 192 non costituisce, riguardo alla peculiare ordinanza sindacale in esame, la mera riproposizione dell'art. 14 del cd. decreto Ronchi n. 22/97, nel senso che presenta spiccati elementi di novità rispetto a quest'ultima disposizione (quali, ad esempio, l'introduzione di un onere di accertamento in contraddittorio ed il richiamo alla legge

sulla responsabilità delle persone giuridiche). Pertanto, versandosi all'evidenza in materia di rapporto tra fonti normative di pari rango legislativo, il relativo contrasto non può che essere risolto sulla scorta del principio della prevalenza della *lex posterior* - appunto il T.U. delle norme in materia ambientale - posto dall'art. 15 delle preleggi, a maggior ragione se supportato anche dal criterio di specialità (*ictu oculi* sussistente tra la materia ambientale e quella, ben più generale, della disciplina normativa degli enti locali): l'art. 192 del T.U. n° 152/2006 costituisce, infatti, una specifica disposizione legislativa che, a 6 anni dall'entrata in vigore del T.U. n. 267/2000 sugli enti locali, ha attribuito espressamente al Sindaco, e non al dirigente amministrativo del Comune, il potere di emettere l'ordinanza in materia di rimozione di rifiuti; ciò che sembra integrare alla lettera gli estremi della peculiare "riserva di legge successiva" posta dal menzionato art. 107, co. 4°, dello stesso T.U. 267/2000 in piena coerenza, tra l'altro, con la disposizione, del pari citata, di cui al precedente art. 50, 3° co..

Ove mai si ritenesse che la cornice normativa introdotta con tale T.U. per disciplinare il regime degli atti assunti nell'ambito delle amministrazioni locali sia munita di una forza di legge talmente dirompente da conferirle un carattere di preminenza rispetto ad ogni contraria legge posteriore, verrebbe ad essere violato uno dei principi cardine in materia di rapporto tra le fonti del diritto: quello dell'identica forza di legge esercitata dagli atti normativi di pari rango. D'altro canto va osservato, sul piano sistematico, che quando il legislatore ha ritenuto, dopo il varo della nuova normativa sugli enti locali, di emanare disposizioni coerenti con essa l'ha fatto esplicitamente: ad esempio, il T.U. n. 380/2001 in materia edilizia, anch'esso successivo - come quello in materia di norme ambientali - al T.U. sugli enti locali, ne ha recepito l'impostazione ed ha attribuito al dirigente, e non già al Sindaco, i poteri di ordinanza in materia.

Ed allora, se ciò non è avvenuto all'atto dell'emanazione dell'art. 192 in esame, non si vede come possa prescindere da questo dato normativo e ritenere che laddove il legislatore ha inteso scrivere "Sindaco", pur dopo il decorso di sei anni dal varo del T.U. sugli enti locali, debba leggersi, invece, "dirigente amministrativo".

Sulla scorta di tali considerazioni occorre, ora, verificare se sussista il reato di cui in epigrafe nel caso in cui l'ordinanza alla quale il privato non abbia ottemperato sia stata emessa, come nel caso di specie, da un soggetto diverso - il dirigente amministrativo - dall'unico legittimato a farlo - il Sindaco -. Escluso, per ovvie ragioni sistematiche e di rispetto del dettato costituzionale in tema di tassatività della norma incriminatrice, ogni ricorso a soluzioni ermeneutiche che si risolvano in applicazioni analogiche *in malam partem* di altre norme ritenute idonee a saldarsi con quella che si assuma violata, è appena il caso di rilevare che, al di là di ogni rilievo che voglia attribuirsi al vizio amministrativo dell'incompetenza che pure sembra inficiare l'intrinseca legittimità dell'ordinanza qui in esame, l'impostazione accusatoria non sembra in grado di superare il ben arduo problema della carente "tipicità" della condotta: nel senso che eludere l'ordinanza emessa da un dirigente comunale non può implicare la violazione di una norma che, come l'art. 255 in parola, sanziona l'inottemperanza ad un provvedimento emesso dal Sindaco.

Nemmeno pare necessario, pertanto che il giudice ordinario ricorra al proprio potere di disapplicare *in bonam partem*, ai sensi dell'art. 5 della legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo, il provvedimento amministrativo eventualmente ritenuto illegittimo, seppure *incidenter tantum*: una volta acclarato che il

comportamento omissivo serbato dall'imputato non ha attinto un'ordinanza qualificabile ai sensi degli artt. 192 e 255 T.U. sulle norme ambientali, così come recita l'imputazione, non v'è spazio per altre più sofisticate considerazioni, dovendosi rendere immediata declaratoria dell'insussistenza del fatto sul piano oggettivo. Non può tralasciarsi, tuttavia, che la vicenda amministrativa qui esaminata risente, con ogni verosimiglianza, di una palese - ed evidentemente irrisolta, stando al tenore del parere tecnico allegato come in atti dal dirigente del Comune di Genova che, escusso nelle more dalla p.g., ha "difeso" la scelta di emettere in prima persona un'ordinanza che pure il citato art. 192 attribuisce espressamente al Sindaco - sovrapposizione di competenze dovuta alla duplice natura del bene oggetto dell'ordinanza di cui in atti: quella, nell'ordine, di "veicolo" e di "rifiuto". Non pare casuale, a tale proposito, che il testo tuttora vigente dell'art. 159, 5° comma, del Codice della Strada contempli i poteri degli organi di polizia - e dunque della stessa Polizia Municipale - in materia di "rimozione di veicoli in sosta che, per il loro stato o per altro fondato motivo si possa ritenere che siano stati abbandonati": come a dire che una *lex specialis*, senz'altro qualificabile in tali termini relativamente al motoveicolo abbandonato dall'imputato, già appresta una compiuta disciplina per lo svolgimento di un'attività che solo più genericamente - e semplicisticamente - può essere definita come "rimozione di rifiuti".

Da ciò discende che il provvedimento dirigenziale di cui in atti sarebbe stato del tutto legittimo ove emesso sulla scorta di quella diversa norma del Codice della Strada: ma è altrettanto evidente che quest'ultima non prevede la sanzione penale di cui all'art. 255 del T.U. sulle norme in materia ambientale, ciò che avrebbe dovuto indurre, pertanto, a ritenere esclusa in radice ogni possibile "contaminazione" tra le due tipologie di ordinanza. Quello esercitato dal dirigente amministrativo autore del provvedimento eluso dall'imputato sembra essere, nella sostanza, il potere di prescrivere la rimozione di un veicolo abbandonato: ma per disporre, ai sensi degli artt. 192 e 255 T.U. 152/2006, la rimozione di quello stesso bene riconducendolo all'assai più ampia categoria del "rifiuto" occorre - almeno allo stato attuale della legislazione - che la relativa ordinanza, contrariamente a quanto è accaduto nel caso che ne occupa, rechi la firma del Sindaco.

In tale contesto, ritiene questo giudice che la richiesta del P.M. di emettere decreto penale di condanna non possa essere accolta e che, per contro, debba pronunciarsi l'immediato proscioglimento dell'imputato, a norma dell'art. 129, 1° co, c.p.p., perché il fatto non sussiste.

Copia della sentenza va trasmessa al Comune di Genova per le determinazioni del caso riguardo all'eventuale esercizio *ex novo* nei confronti dello stesso FE dei poteri di cui agli artt. 192 del T.U. 152/2006 sulle norme in materia ambientale o 159, 5° co., Codice della strada - rispettivamente da parte del Sindaco o del dirigente amministrativo di settore -.

P.Q.M.

Il Giudice per le indagini preliminari visti gli artt. 459, 3° comma e 129, 1° comma, c.p.p. **assolve** FE dall'imputazione a lui ascritta perché il fatto non sussiste; m a n d a alla Cancelleria per le comunicazioni di rito, nonché per la trasmissione di copia della sentenza al Comune di Genova, in persona del Sindaco *pro tempore*, per le eventuali ed ulteriori determinazioni amministrative del caso nei confronti del medesimo

FE.

Massime

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 12 gennaio 2010 - Giudice Papillo.

CIRCOSTANZE del reato - circostanze attenuanti generiche - condizioni psichiche dell'imputato - valutazione già esperita per attenuante art. 89 c.p. - assenza di altre ragioni - non concedibilità.

(Artt. 89 e 62 bis c.p.)

Qualora le condizioni psichiche dell'imputato, accertate mediante consulenza tecnica, siano già state prese in considerazione dal giudice per la concessione della circostanza attenuante del vizio parziale di mente di cui all'art. 89 c.p., le stesse non potranno giustificare anche il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche ex art. 62 bis c.p., essendo necessaria, a tal fine, la presenza di altre ed ulteriori ragioni di ordine processuale od extraprocessuale.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 19 gennaio 2010 - Giudice Papillo.

CIRCOSTANZE del reato - recidiva reiterata infraquinquennale - reati di tipologia diversa da quello per cui si procede - aumento di pena - esclusione - valutabilità ai fini delle attenuanti generiche - ammissibile - attenuanti generiche - rifiuto - ammissibile.

(Artt. 99 cpv e 62 bis c.p.)

CIRCOSTANZE del reato - circostanze attenuanti generiche - confessione dell'imputato - evidenze probatorie - irrilevanza.

(Art. 62 bis c.p.)

La recidiva reiterata infraquinquennale, contestata all'imputato e relativa a reati di tipologia differente rispetto a quello per cui si procede nel caso specifico, può non essere applicata, non essendo tale da giustificare un aumento della pena da irrogare, ma costituisce, unitamente all'assenza di ulteriori elementi di natura processuale od extraprocessuale, un ostacolo alla concessione delle circostanze attenuanti generiche. L'assenza di comportamenti dell'imputato che rivelino una presa di coscienza ed una riflessione critica sulla propria condotta, quali la sottoposizione a trattamenti di psicoterapia e/o l'assunzione di iniziative in senso lato riparatrici nei confronti della persona offesa, non consente l'applicazione dell'art. 62 bis c.p.

(Nel caso di specie ad un soggetto, imputato per il reato di cui all'art. 609 quater, era stata contestata la recidiva reiterata infraquinquennale in ragione di diversi precedenti, riguardanti tutti reati contro il patrimonio. Il Giudice non ha applicato la recidiva, non operando quindi il relativo aumento di pena, ma non ha concesso le attenuanti generiche anche in considerazione del fatto che l'imputato, oltre a non essere incensurato, non aveva posto in essere alcun comportamento, successivo alla commissione del reato, valutabile positivamente).

Non può attribuirsi alcuna rilevanza, ai fini del riconoscimento delle attenuanti generiche, alle dichiarazioni confessorie dell'im-

putato ove le stesse siano state rese di fronte ad evidenze probatorie del tutto univoche.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 29 ottobre 2009, n. 1165 - Giudice De Matteis.

DELITTI contro il patrimonio - rapina - desistenza volontaria successiva alla minaccia - insussistenza.

(Art. 628 c.p.)

Non sussiste il reato di cui all'art. 628 c.p. neanche nella forma tentata, ma il diverso reato di minacce aggravate dall'uso dell'arma di cui all'art. 612 cpv. c.p., nel caso in cui il soggetto attivo, dopo aver prospettato un male ingiusto alla vittima con conseguente richiesta di denaro, desista volontariamente dalla propria condotta valutando gli svantaggi che deriverebbero dall'azione criminosa, sempre che la decisione di interromperla non risulti da essi necessitata.

(Fattispecie in cui l'imputato, dopo aver minacciato con un "cutter" un impiegato allo sportello della banca ed avergli richiesto la consegna del denaro, successivamente alla risposta dell'uomo di non poterlo accontentare a causa di una particolare procedura per l'apertura della cassaforte, desisteva dall'azione di rapina dirigendosi rapidamente verso l'uscita e dileguandosi appena all'esterno).

M.CIR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 9 giugno 2010 - Giudice Panicucci.

DELITTI contro il patrimonio - ricettazione - modellini - treni - caratteristiche modalità acquisto - fattispecie - esclusione.

(Art. 648 c.p.p)

Non è responsabile del reato di ricettazione il collezionista di modellini, che acquista, e i rivenditori, che regolarmente espongono e commercializzano tali oggetti presso un mercatino, qualora non emerga alcun elemento che consenta di sostenere la coscienza e volontà di acquistare cose di illecita provenienza.

Nel valutare l'elemento soggettivo non possono ritrarsi dati utili dalle circostanze della vicenda nel suo complesso nè dalla natura dei beni in commercio, modellini di treno usati, privi di scatola e con alcune imperfezioni, nè dal prezzo di acquisto, del tutto ordinario, nè dalle modalità della commercializzazione, del tutto palesi, tanto che ne è stata agevole la ricostruzione.

EL. PAG.

Tribunale di Genova Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 23 giugno 2009, n. 787 - Giudice Giacalone.

DELITTI contro la persona - ingiuria - reciprocità dell'offesa - aggravante dell'odio razziale - discrezionalità

del giudice - esclusione della causa di non punibilità.

(Art. 594 c.p., art. 3 comma 1 D. L. 122/1993 conv. L. 205/93)

CIRCOSTANZE del reato - aggravante della finalità di discriminazione o odio etnico-razziale - sussistenza - irrilevanza dolo specifico.

(Art. 3 comma 1 D. L. 122/1993 (conv. L. 205/93))

La pericolosità del contesto, per l'animosità dei contendenti, l'uso di oggetti atti all'offesa, l'epilogo tragico della contesa non giustificano l'applicazione della causa di non punibilità prevista dall'art. 599 C.P. Il riconoscimento della scriminante fondata sul carattere reciproco delle offese è infatti rimesso ad un apprezzamento discrezionale che non può trascurare, come nel caso specifico, la grave situazione venutasi a creare tra i contendenti a causa della tensione originata dalle accuse a sfondo razziale che hanno acuitizzato ed aggravato l'acrimonia già esistente fra le parti. (1)

Ai fini della configurabilità dell'aggravante della finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso è sufficiente che la condotta lesiva si ponga come consapevole esteriorizzazione di un sentimento di avversione o di discriminazione fondato su un pregiudizio di razza, avuto riguardo alle peculiari modalità di azione, nonché al contenuto ambientale della stessa. (2)

(1-2) Nota redazionale

Seguendo la linea interpretativa di questa decisione, l'accertamento dei motivi che hanno spinto alla condotta che si assume aggravata dalle finalità di odio restano in secondo piano, poiché pare si sia ritenuta superflua la prova - oltre al ragionevole dubbio - del dolo specifico di odio razziale.

Il giudicante, si richiamarsi al precedente della Suprema Corte (Cass. Sez. V, 20 gennaio 2006, n. 9381) secondo il quale «l'aggravante di cui all'art. 3 l. n. 205 del 1993 (finalità di discriminazione o di odio etnico e razziale) ha natura oggettiva in quanto concerne la condotta dell'agente, la gravità del danno e le qualità personali della persona offesa; ne consegue che l'accertamento della predetta finalità di discriminazione non richiede autonoma verifica dell'elemento psicologico, rispetto a quanto previsto dall'art. 43 c.p.» (conf. Cass. sez. V, 29 ottobre 2009, n. 49694).

Questa interpretazione si contrappone alla diversa esegesi, offerta dalla medesima Sezione, secondo la quale: «Ai fini della configurazione dell'aggravante dell'odio razziale di cui all'art. 3 della l. n. 205/1993 non può reputarsi sufficiente una semplice motivazione interiore dell'azione, ma occorre che questa, per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto nel quale si colloca, si presenti come intenzionalmente diretta e, almeno potenzialmente idonea, a rendere percepibile all'esterno ed a suscitare in altri analogo sentimento di odio o comunque a dar luogo, in futuro o nell'immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori.» (Cass. Sez. V, 12 giugno 2008, n. 38217; conf. Cass. sez. V, 9 luglio 2009, n. 38597; Cass. sez. V, 5 dicembre 2005).

Con questa affermazione il giudicante intendeva contraddire la giurisprudenza che aveva precedentemente citato, dissociandosene, (Cass. Sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295), secondo la quale, per la contestazione dell'aggravante in esame, sarebbe necessario che la condotta discriminatoria posta in essere dall'agente sia suscettibile di infondere in altri i medesimi sentimenti di avversione, od atti emulativi.

Ciò nasceva dalla differente interpretazione del concetto di "finalità" con cui il Legislatore introduce la circostanza in

parola; tuttavia si ritiene che, se da un lato la citata sentenza del 2005 rischia di riempire il termine "finalità" di un significato eccedente rispetto a quello inteso dalla norma; dall'altro lato, l'ermeneusi offerta dal giudice genovese sembra svuotare il termine "finalità" di ogni suo significato.

Come si nota dai precedenti citati, la Corte di Cassazione, e soprattutto la sua quinta sezione penale, non ha ancora cristallizzato un'interpretazione univoca del concetto di "finalità di odio" espresso nella Legge in esame. Dalla brevissima disamina giurisprudenziale, però, paiono intersecarsi due diversi aspetti:

se sia richiesta, o meno, la presenza di terzi all'azione criminosa, così che si possa manifestare il rischio di diffondere i sentimenti di odio razziale;

se sia necessario accertare l'elemento soggettivo specifico dell'odio razziale nella motivazione che ha determinato l'agente a compiere la condotta criminosa aggravata, ovvero se questa possa essere desunta (o presunta) da circostanze fattuali, quali le caratteristiche oggettive della vittima.

Ad oggi pare mancare una risposta univoca a queste due domande, così che potrebbe rendersi opportuno deferire alle Sezioni Unite un'ulteriore interpretazione delle norme in esame.

Infine va segnalato che il giudice ha escluso la sussistenza della causa di non punibilità nonostante la reciprocità, non solo delle ingiurie, ma anche delle connotazioni nazionali-razziali di queste, che rappresenterebbero l'elemento costitutivo dell'aggravante contestata (*italiano figlio di puttana / albanese di merda*).

Anzi, proprio l'acrimonia razziale è stato l'elemento che ha determinato il giudicante a non avvalersi del co. I dell'art. 599 C.P., sottolineando che la declaratoria di non punibilità non costituisce un diritto soggettivo delle parti, bensì una valutazione discrezionale del giudice di merito (Cass. sez. V, 11 novembre 2004, n. 46317; conf. Cass. sez. V, 28 ottobre 1981).

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 23 marzo 2010 - Giudice Papillo.

DELITTI contro la persona - omicidio volontario - modalità di esecuzione del delitto - esclusione dell'omicidio preterintenzionale.

(Artt. 575 e 584 c.p.)

IMPUTABILITÀ - capacità di intendere e di volere - vizio parziale di mente.

(Art. 89 c.p.)

CIRCOSTANZE del reato - circostanze attenuanti generiche - condizioni psichiche dell'imputato - valutazione già esperita per attenuante art. 89 c.p. - assenza di altre ragioni - non concedibilità.

(Artt. 62 bis e 89 c.p.)

È esclusa radicalmente la possibilità di qualificare la condotta dell'imputato nei termini del reato di omicidio preterintenzionale, quando le modalità dell'azione omicida sono tali da dimostrare l'orientamento della volontà dell'imputato a cagionare la morte della vittima (nella specie, l'evento era avvenuto al culmine di uno dei numerosi litigi della coppia, nel corso dei quali era avvenuto in precedenza che l'imputato percuotesse la sua convivente).

Deve concedersi l'attenuante di cui all'art. 89 c.p. all'imputato af-

fetto da un disturbo della personalità non altrimenti specificato (NAS) di entità tale da ridurre grandemente la capacità di intendere e di volere e casualmente rilevante nell'eziologia dell'azione omicida. Ciò accade quando, al momento del fatto per cui si procede e in specifico riferimento all'atto omicida, il soggetto aveva grandemente diminuite, per ragioni psicopatologico-causali, la capacità di comprendere l'antigiuridicità e il disvalore sociale dei suoi atti, così come non era in grado di compiere liberi atti di autodeterminazione.

Non devono essere riconosciute le attenuanti generiche, se non vi sono ragioni (ad eccezione di quelle riguardanti le condizioni psichiche dell'imputato, già considerate per la concessione dell'attenuante del vizio parziale di mente), di ordine processuale o extraprocessuale, che ne giustifichino la concessione.

PA.PITT.

Tribunale di Genova - Ufficio del Giudice per le indagini Preliminari, 12 febbraio 2010 - Giudice Cusatti.

DELITTI contro la persona - tentato omicidio - criteri distintivi tra tentato omicidio e lesioni.

(Artt. 56 e 575 c.p.)

CIRCOSTANZE del reato - circostanze aggravanti - futuri motivi - definizione.

(Art. 61 n. 1 c.p.)

IMPOTABILITÀ - vizio parziale di mente - definizione - nesso eziologico tra infermità mentale e condotta delittuosa - necessità - dissonanza tra elementi acquisiti ai sensi dell'art. 228 co. 3 c.p.p. e risultanze istruttorie - possibilità per il giudice di disattendere le valutazioni peritali.

(Art. 89 c.p.)

Si evince una situazione decisamente incompatibile con una potenziale volontà delittuosa limitata alla menomazione dell'integrità fisica della vittima dal referto del Pronto Soccorso, posto che la natura micidiale dell'arma utilizzata, la reiterazione dei colpi, la relativa dislocazione in distretti corporei vitali quali il capo (segnatamente, all'altezza dell'orecchio e del collo) e la schiena, lo stato di shock emorragico in cui è stata rinvenuta la stessa persona offesa, l'immediata richiesta di sangue per la somministrazione alla medesima di plurime trasfusioni, il di lei trasferimento pressoché immediato in terapia intensiva all'esito della disposta TAC sono tutti elementi che depongono univocamente nel senso dell'esplicazione, da parte degli autori della condotta, di una violenza fisica sostenuta dall'intento di uccidere chi ne è stato colpito.

Costituisce motivo futile la determinazione criminosa che trovi origine in uno stimolo talmente lieve, quanto sproporzionato, da prospettarsi più come un pretesto che non come una causa scatenante della condotta antigiuridica.

La peculiare caratteristica di tale circostanza aggravante, che non attiene alla sfera intellettuale o volitiva bensì a quella morale, va rinvenuta nell'enorme sproporzione tra motivo e azione delittuosa, che suscita un senso di riprovazione da parte della generalità delle persone dell'ambiente in cui vive ed agisce il soggetto attivo del reato.

Nell'ordinamento vigente la valutazione delle manifestazioni psicopatologiche dell'imputato viene effettuata nei limiti in cui le stesse influiscano sulla di lui capacità di intendere e di volere. Ne consegue che l'infermità contemplata dal codice di rito penale è un concetto giuridico, non di natura medica: nel senso che qualsiasi

fenomeno anche transeunte, sia fisico che mentale, può assumere il valore di un'"infermità" rilevante sul processualpenalistico a prescindere dalla sua riconducibilità alla nozione di malattia mentale in senso psichiatrico, purché ne risulti dimostrata l'incidenza sulla capacità di intendere e di volere dell'imputato.

Tra il concetto di malattia psichiatrica e quello di "infermità" sotteso agli artt. 88 e 89 c.p. non si pone, dunque, alcuna relazione biunivoca: non tutto ciò che è malattia mentale comporta infermità, e dunque assenza o forte riduzione di imputabilità, così come non tutto ciò che non è malattia esclude la presenza di infermità. In altri termini, l'eventuale carenza di imputabilità non costituisce uno status del paziente "psichiatrico", in forza del quale debba presumersi che egli, per tale sua particolare condizione, versi in una costante assenza - o forte riduzione - della capacità di intendere il disvalore delle azioni delittuose sanzionate dall'ordinamento e dunque di determinare la propria volontà a non commetterne.

Non può valere l'equazione "diagnosi di malattia mentale = imputabilità assente o ridotta", bensì l'affermazione della necessità di verificare caso per caso, perfino di fronte, ad esempio, ad una conclamata psicosi (e dunque, a fortiori, in presenza di un ben più lieve disturbo di personalità), se e quanto la singola affezione psichiatrica di cui l'imputato sia portatore abbia concretamente influito, soprattutto sotto il profilo eziologico, sulla consumazione del delitto.

In presenza di un disturbo di tipo narcisistico venutosi a consolidare nella "giovane" personalità dell'imputato, di importanza tale da avere già cagionato un deterioramento mentale definito francamente patologico, ai fini del riconoscimento del vizio parziale di mente, occorre stabilire il nesso eziologico tra quel disturbo di personalità e la condotta delittuosa della quale l'imputato è chiamato a rispondere.

Qualora il substrato fattuale allegato dall'imputato (in sede di svolgimento dell'incarico peritale ai sensi dell'art. 228 co. 3 c.p.p.) in relazione ad un pregresso "trauma" riferito al perito e ritenuto dallo stesso determinante al fine di conferire all'evidenziata infermità psichica valore "causale" rispetto alla condotta delittuosa risulti totalmente scollato dalla realtà sulla base delle acquisizioni probatorie, ben può il giudicante non condividere le conclusioni peritali.

In altre parole, l'art. 228, 3° co., c.p.p. impone al giudice di leggere le valutazioni peritali in punto di imputabilità - ed eventualmente di disattendere, qualora siano dissonanti - alla luce del compendio delle risultanze istruttorie legittimamente utilizzabili ai fini della decisione. (Nel caso di specie il perito aveva delineato un disturbo della personalità la cui sussistenza il Giudice non ha posto in discussione. Tuttavia, nel collegare causalmente detto disturbo alla condotta delittuosa oggetto dell'imputazione, il perito aveva dato rilievo determinante sia ad un fatto traumatico che l'imputato gli aveva riferito come accadutoogli un paio di anni prima sia alla ricostruzione del delitto riportatagli sempre dall'imputato nel corso dei colloqui finalizzati allo svolgimento della perizia. Poiché il Giudice ha ritenuto che entrambi questi dati fossero inveritieri in quanto smentiti dalle risultanze istruttorie, ha disatteso le conclusioni peritali ritenendo che non sussistesse il nesso eziologico tra quel disturbo di personalità, pur oggettivamente innegabile, e la condotta delittuosa della quale l'imputato era chiamato a rispondere. Ne è conseguita l'esclusione del vizio parziale di mente).

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 26 gennaio 2010 - Giudice Papillo.

DELITTI contro l'assistenza familiare - maltrattamenti in famiglia - abitudine della condotta - necessità - interruzioni di

breve durata dei comportamenti vessatori - configurabilità della fattispecie.

(Art. 572 c.p.)

CIRCOSTANZE del reato - circostanze attenuanti generiche - comportamenti positivi dell'imputato successivi alla commissione del reato - concedibilità.

(Art. 62 bis c.p.)

La condotta abitualmente sopraffattoria e mortificante consistente nelle ripetute ingiurie e minacce, nonché nell'inflizione, sia pure con minor frequenza, di violenze fisiche, integra il reato di maltrattamenti in famiglia. Peraltro il carattere abituale della condotta che connota il reato de quo, non è escluso da eventuali interruzioni, di breve durata, dei comportamenti vessatori ed ingiuriosi.

Il comportamento dell'imputato, successivo alla commissione del reato, consistente in un'esplicita riflessione critica sul proprio comportamento e nella corresponsione alla persona offesa, quale ristoro, di una congrua somma di danaro, possono giustificare la concessione delle circostanze attenuanti generiche.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 15 ottobre 2009, n. 1091 - Giudice Giacalone.

DELITTI contro l'assistenza familiare - maltrattamenti in famiglia - ipotesi di assorbimento di altre figure di reato.

(Art. 572 c.p.)

Il reato di minaccia di cui all'art. 612 c.p. resta assorbito nel reato di maltrattamenti, integrando una delle forme in cui si attua la vessazione verso il familiare, sempre che non assuma il carattere di autonoma condotta diversificata rispetto all'ambito del reato sanzionato dall'art. 572 c.p..

M.CIR.

Tribunale di Genova - Ufficio del Giudice per le indagini Preliminari, 16 febbraio 2010 - Giudice Cusatti.

EDILIZIA - reati in materia di opere di conglomerato cementizio armato - mancato omesso collaudo statico - decorrenza del termine per l'effettuazione del collaudo - data di ultimazione lavori risultante dalla relazione del direttore lavori.

(Artt. 67 comma 5 e 74 D.P.R. n. 380/2001)

EDILIZIA - reati in materia di opere di conglomerato cementizio armato - data ultimazione lavori risultante dalla relazione del direttore lavori - data successiva alla data effettiva di ultimazione lavori - termine per il collaudo - decorrenza da data indicata in relazione - collusione tra direttore lavori e collaudatore - necessità di prova - carenza.

(Artt. 67 comma 5 e 74 D.P.R. n. 380/2001)

Ottempera all'obbligo previsto dall'art. 67 comma 5 D.P.R. n. 380/2001 il collaudatore che deposita la propria relazione di collaudo entro i sessanta giorni dalla data di ultimazione dei lavori per come risultante dalla relazione finale dei lavori di cui all'art. 65 D.P.R. cit. del direttore dei lavori.

Infatti, nell'ottica legislativa è il direttore dei lavori il dominus

assoluto dell'eventuale responsabilità penale del collaudatore, il quale - estraneo per definizione rispetto ad ogni profilo progettuale ed esecutivo dei lavori da sottoporre a verifica - può incorrere nella violazione di cui all'art. 74 D.P.R. cit. solo qualora effettui il collaudo delle opere oltre i 60 giorni dalla data in cui il direttore dei lavori gli abbia comunicato l'avvenuto completamento della struttura da sottoporre alle di lui valutazioni tecniche.

Qualora il direttore dei lavori indichi nella propria relazione finale una data successiva rispetto a quella reale quale data di ultimazione della struttura da collaudare, incombe sulla pubblica accusa l'onere di dimostrare una collusione del collaudatore con chi ha coltivato gli intenti fraudolenti. In difetto, l'unico comportamento esigibile consiste nell'esecuzione del collaudo entro i sessanta giorni dalla (apparente) data di ultimazione dei lavori per come attestata dal relativo direttore.

CR.BR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 6 aprile 2010 - Giudice Pastorini.

IMMIGRAZIONE - inottemperanza obbligo allontanamento dal territorio dello Stato - giustificato motivo - carenza di mezzi economici - insussistenza - definizione.

(Art. 14 c. 5 ter L. 286/98)

Non integrano il giustificato motivo previsto dall'art. 14 c. 5 ter L. 286/98 nel caso di inottemperanza all'obbligo previsto nel provvedimento di espulsione né la mancanza dei mezzi economici necessari per acquistare il biglietto per il viaggio né la mancanza del passaporto e l'impossibilità di recarsi a Roma o Milano per un duplicato in quanto soggetto extracomunitario sottoposto all'obbligo di firma a Genova.

La clausola di salvezza contemplata dall'art. 14 c. 5 ter è integrata esclusivamente da situazioni oggettive o soggettive che determinano un'impossibilità assoluta ad ottemperare all'ordine del Questore.

Tali situazioni non ricorrono nel caso in esame in quanto la Cassazione ha escluso che la semplice impossidenza ovvero la difficoltà a reperire il denaro per l'acquisto del titolo di viaggio, integri giustificato motivo. La Suprema Corte distingue infatti la figura del richiedente il diritto di asilo o rifugiato da quella del semplice migrante economico affermando che l'applicazione della pena deve essere esclusa solo per i primi, in quanto soggetti esposti al pericolo di persecuzioni nel paese di origine ma non per i secondi salvo che ricorra l'impossibilità assoluta a reperire il denaro.

Tale valutazione spetta al Giudice di merito che deve effettuarla avendo riguardo alla condizione sociale dello straniero e al tempo in cui si trova in Italia.

(Nel caso di specie tale valutazione negativa veniva fatta in ordine al motivo economico, sulla base del dato che l'imputato in Italia aveva lavorato e quindi guadagnato, mentre, in ordine allo smarrimento del passaporto, sulla base della considerazione che l'imputato poteva o rivolgersi in Questura oppure fare istanza al Giudice per ottenere un esonero per qualche giorno dall'obbligo di firma.)

EL.PAG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini Preliminari, 28 ottobre 2009 - Giudice Carpanini.

IMPUTABILITÀ - incapacità di intendere e di volere al momento del fatto - vizio di mente - presenza al momento del fatto - non presente al momento della valutazione - pericolosità - insussistenza.

(Artt. 88 e 89 c.p.)

Deve dichiararsi il non luogo a procedere nei confronti di persona non punibile per difetto di imputabilità, quando, pur emergendo significativi elementi in ordine alla sua responsabilità per il reato di calunnia, l'imputata, al momento del fatto, era incapace di intendere e di volere per vizio totale di mente e tale situazione, documentata dalle cartelle cliniche, è ormai del tutto superata, per cui non deve applicarsi alcuna misura di sicurezza.

PA.PITT.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 15 giugno 2010 - Giudice Maggio.

PREVIDENZA - omesso versamento delle ritenute assistenziali e previdenziali - ditta individuale - posizione contributiva del titolare - omesso versamento - insussistenza del reato.

(Art. 2 Decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito in Legge 11 novembre 1983, n. 638)

L'art. 2 D.L. n. 463/83 punisce il mancato versamento di contributi previdenziali in danno di dipendenti da parte del datore di lavoro. Trattandosi di norma penale, l'interpretazione non può allargare la tutela penale a favore del medesimo obbligato. Ne discende l'insussistenza del fatto in caso di omesso versamento di ritenute previdenziali dovute all'INPS dal titolare di ditta individuale per la propria posizione contributiva e non per quella di dipendente alcuno.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 28 ottobre 2009, n. 1156 - Giudice Carpanini.

REATI STRADALI - guida in stato di ebbrezza - casistica - aggravante dell'incidente stradale.

(Art. 186 D.Lvo 30/04/1992 n. 285)

REATI STRADALI - guida in stato di ebbrezza - casistica - prelievo ematico.

(Art. 186 D.Lvo 30/04/1992 n. 285)

Lo stato di ebbrezza può influire sul verificarsi dell'incidente non solo quando determini una condotta di guida imprudente che si ponga essa stessa come causa del sinistro, ma altresì quando lo stato di alterazione psicofisica che ne consegue possa avere comunque ostacolato o rallentato i normali tempi di reazione necessari per porre in essere una qualsiasi manovra di emergenza a fronte della situazione di pericolo creato da altri. Una volta accertato lo stato di ebbrezza del conducente coinvolto in un sinistro, quindi, l'aggravante potrebbe essere esclusa solo quando risulti dimostrato che l'incidente sia ascrivibile in via esclusiva al fatto di terzi, rispetto al quale nessuna influenza può avere esercitato l'alterazione psicofisica del conducente in stato di ebbrezza.

Nell'attuale formulazione dell'art. 186 C.d.S., che sul punto ha notevolmente innovato l'originaria disciplina, è previsto espressamente che la Polizia Stradale possa richiedere l'accertamento del tasso alcolemico da parte delle strutture sanitarie nei confronti di conducenti coinvolti in incidenti stradali e sottoposti alle cure mediche, non necessariamente quando l'esame venga disposto anche per finalità terapeutiche, ma anche per il solo fatto che il conducente sia trasportato in un pronto soccorso per essere sottoposto a qualunque trattamento curativo che non deve sempre implicare l'effettuazione di prelievo ematico. Nel caso in cui il soggetto rifiutasse l'accertamento suddetto incorrerebbe in responsabilità per il reato di cui al comma 7 dell'art. 186 C.d.S.

M.CIR.

Documenti

L'efficacia delle sentenze delle Corti europee nell'ordinamento penale italiano

Emanuele Lamberti

Avvocato, Foro di Genova

Alessandro Torri

Praticante Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. *Premessa: le nuove fonti.* – 2. *Gli effetti delle sentenze della Corte dei Diritti dell'Uomo.* – 2.1. *L'esecuzione in forma specifica delle sentenze della Corte di Strasburgo.* – 2.2. *Il valore dei precedenti della Corte europea dei diritti dell'uomo.* – 3. *La rilevanza delle sentenze della Corte di Giustizia.* – 3.1. *L'obbligo di interpretazione conforme ed il potere di riproporre la questione all'esame della Corte di Giustizia.* – 3.2. *L'obbligo di interpretazione conforme ed i suoi limiti applicati nel diritto penale* – 3.3. *Le decisioni della Corte di Giustizia ed la res judicata.* – 4. *Conclusioni.*

1. Premessa: le nuove fonti.

A partire dal secondo dopoguerra la comune intenzione di evitare ulteriori lotte fratricide fra gli Stati europei e l'intuizione di un nascente sistema economico sempre più incentrato sugli scambi transnazionali hanno determinato i plenipotenziari europei a costituire delle organizzazioni di natura internazionale o sovranazionale, alle quali demandare, da un lato la tutela dei diritti umani riconosciuti dagli Stati contraenti (CEDU), dall'altro ad istituire un insieme di istituzioni, dotate di potere normativo al fine di sviluppare un mercato comune europeo (CECA, poi divenuta CEE ed infine UE)(1).

Tali scelte, sancite da trattati internazionali, hanno comportato altrettante cessioni di sovranità nazionale che, dal punto di vista del diritto, si sono concretizzate introducendo nuove fonti nel nostro sistema giuridico. Per comprensibili ragioni non si tratterà affatto in questa sede dell'intero sistema delle fonti europee, per altro recentemente modificate ad opera del Trattato di Lisbona(2). La precedente introduzione è servita esclusivamente a chiarire le cause risalenti a seguito delle quali l'odierno sistema delle fonti del diritto, in cui si intersecano fonti nazionali ed internazionali - sovranazionali, è estremamente più articolato rispetto a quello presente in un ordinamento di matrice puramente nazionale.

Tanto che autorevole dottrina sostiene che debba ormai superarsi il criterio della gerarchia, creandosi invece una sorta di "reticolato" di fonti in cui la rispettiva subordinazione debba valutarsi secondo schemi più flessibili ed orientati alla soluzione del conflitto concreto, anziché alla creazione di regole generali ed astratte per la disciplina dei rapporti fra le fonti(3).

Per quanto è oggetto del presente lavoro, ci si limiterà a sottolineare come fra tali fonti rientrino anche le decisioni giuridiche: sia quelle della Corte di Strasburgo che di quella del Lussemburgo, fatto assolutamente nuovo per il nostro sistema giuridico.

2. Gli effetti delle sentenze della Corte dei Diritti dell'Uomo.

La Corte di Strasburgo ha precisato che la propria giurisprudenza, costituendo interpretazione delle norme contenute nella parte prima della CEDU, deve essere considerata una fonte vincolante per gli Stati che fanno parte della Convenzione, al pari della lettera delle disposizioni che compongono il testo degli articoli e dei quattordici protocolli aggiuntivi della CEDU(4).

Questo principio è stato, da un certo punto di vista, recepito dalla giurisprudenza nazionale, la quale però, ha preferito privilegiare il valore ermeneutico delle decisioni della Corte EDU rispetto a quello normativo; mentre solo più recentemente si è giunti a riconoscerne un pieno valore, fino a ritenere che la decisione del giudice di Strasburgo, contrastante con la sentenza definitiva nazionale, è in grado di travolgere la *res judicata*.

Questo cambiamento di tendenza, però, non è stato determinato esclusivamente da una accresciuta sensibilità dei giudicanti rispetto agli obblighi di diritto internazionale assunti dallo Stato, bensì da alcune precise modifiche normative:

a) il Protocollo n. 11, introdotto nel 1994, e ratificato dall'Italia con la L. 28 agosto 1997, n. 296, ha modificato gli artt. 41 e 46 della Convenzione introducendo un generico obbligo di *restituito in integrum*, forma di risarcimento ritenuto preferibile rispetto a quello per equivalente, ciò consistente nel pagamento di una somma di denaro;

b) il Protocollo n. 14, introdotto nel 2004 e ratificato dall'Italia per mezzo della L. 9 gennaio 2006, n. 12, modificando nuovamente l'art. 46 CEDU, ha specificato gli obblighi per gli Stati contraenti in ordine all'esecuzione delle sentenze della Corte EDU, stabilendo che «*Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alla sentenza definitiva della Corte per le controversie di cui sono parti*»(5);

c) la legge di ratifica citata, ha altresì modificato il comma 3 dell'art. 5 della L. 23 agosto 1998, n. 400, aggiungendovi la lett. *a-bis*, in forza della quale il Presidente del Consiglio dei Ministri sarà tenuto a promuovere i provvedimenti necessari a dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. In forza di questa nuova disposizione è stato redatto il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1 febbraio 2007, il quale demanda al Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi gli adempimenti necessari a dare attuazione alle sentenze della Corte EDU a carico dell'Italia.

Ciò ha portato allo scollamento di due diversi aspetti del valore delle sentenze della Corte EDU: da un lato l'esecuzione della singola decisione, se vogliamo l'efficacia "specifica", o *inter partes*, della sentenza; dall'altro il valore della giurisprudenza della Corte nel suo complesso, cioè l'efficacia "generale", o *erga omnes*, delle sentenze di Strasburgo.

2.1. L'esecuzione in forma specifica delle sentenze della Corte di Strasburgo.

Come si è anticipato, le modifiche introdotte dai Protocolli citati portano la Corte a preferire, ogni volta sia possibile, il rimedio in forma specifica rispetto all'indennizzo monetario, e ciò ha reso necessario introdurre a livello nazionale dei meccanismi che permettano tale esecuzione in forma specifica *sui generis* delle sentenze.

Effettivamente inizia ad estendersi quel filone giurisprudenziale che, seppur per mezzo di diverse argomentazioni, giunge ad attribuire alle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo un'efficacia particolare: alcune decisioni, pur non infrangendo la *res judicata*, negano la possibilità di eseguire la pena inflitta a seguito di un processo giudicato in violazione delle norme della CEDU (caso Dorigo(6)); altre ancora, invece, hanno direttamente ritenuto che la sentenza di condanna emessa dalla Corte di Strasburgo possa portare ad infrangere il giudicato nazionale costituitosi in violazioni di tali norme (casi "Cat Berro"(7) e "Somogyi"(8)) e – solitamente – trovano il rimedio alle violazioni poste in essere nel primo processo per mezzo della remissione in termini *ex art. 175 C.p.p.* In un caso, infine, si è proceduti ad una parziale rimozione del giudicato(9), procedendo esclusivamente al rinnovamento del giudizio di legittimità ad opera dell'art. 625-bis C.p.p.(10).

Inoltre deve anche ricordarsi una recente decisione della Corte di Cassazione(11) secondo la quale non basterebbe sollevare incidente di esecuzione *ex art. 670 C.p.p.* per garantire l'efficacia del riconoscimento dell'ingiusto processo (come era avvenuto per Dorigo), ma sarebbe necessario richiedere la remissione in termini ai sensi dei commi 2 e 2-bis dell'art. 175 C.p.p., in forza dei quali spetta al giudice valutare se concedere o meno la remissione in termini.

Sotto questo profilo si aggiunge che qualche critica può essere mossa alle norme per mezzo delle quali si è giunti al riconoscimento delle sentenze di Strasburgo: si è scelto di promulgare una legge, per modificare la legge del 1988 che disciplina il potere regolamentare, così da attribuire al Consiglio dei Ministri il potere di redigere un regolamento per disciplinare la materia. A parere di chi scrive, sarebbe stato più razionale seguire la strada già suggerita da numerosi progetti di riforma: cioè inserire all'interno del Codice di procedura penale alcune disposizioni inerenti il recepimento delle sentenze della Corte EDU ed il loro rapporto con il giudicato nazionale, magari modificato l'attuale art. 630 C.p.p..

2.2. Il valore dei precedenti della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Se da un lato deve riconoscersi che vi è stata un'importante evoluzione, sia normativa che giurisprudenziale, in ordine all'efficacia "specificata" delle sentenze della Corte EDU, cioè riguardo agli effetti di una singola sentenza nei confronti dell'individuo che ha adito la Corte di Strasburgo, permettendo di pervenire non ad un semplice indennizzo, bensì – ove cioè sia possibile – alla remissione in pristino della situazione che ha determinato l'azione nanti la Corte. Dall'altro, deve riconoscersi che tale particolare efficacia, derivante in ultima analisi dal combinato disposto degli artt. 41 e 46 CEDU, così come interpretati dalla Corte stessa(12), viene ad oggi riconosciuta legislativamente solo nei confronti del soggetto che, dopo aver adito la Corte di Strasburgo, richiede il riconoscimento dell'efficacia all'interno dell'ordinamento italiano della sentenza che lo riguarda; mentre il sistema attuale appare più lacunoso in ordine al riconoscimento dell'efficacia "generale" dei precedenti giurisprudenziali della Corte EDU.

Ciò può essere imputato sia alla formulazione dell'art. 46 CEDU, il quale limita la vincolatività delle decisioni allo Stato nei confronti del quale la sentenza è stata emessa; che al mancato riconoscimento esplicito del valore della giurisprudenza della Corte dei Diritti dell'Uomo da parte del le-

gislatore italiano, al contrario di quanto è stato fatto da altri Stati membri della Convenzione. D'altra parte, pur in assenza di questo esplicito riconoscimento legislativo, si deve ricordare che la Corte Costituzionale, con le note sentenze nn. 348 e 349 del 2007, ha precisato che spetta alla Corte di Strasburgo "interpretare la Convenzione e precisarne le implicazioni"(13), aprendo così la strada ad un riconoscimento della giurisprudenza della Corte EDU quale fonte di diritto pari alla Convenzione stessa. Invero, appare opportuno ricordare che non sarebbe la prima volta che la Consulta costituzionale riconosce le decisioni di un'altra Corte Suprema quali fonti giuridiche, sebbene subordinandole ai principi fondamentali contenuti nella Costituzione italiana(14), ed infatti, *mutatis mutandis*, la Consulta aveva affermato con la sentenza 19 aprile 1985, n. 113(15) che le decisioni della Corte di Giustizia sono fonti del diritto europeo, al pari dei Trattati e degli atti derivati. Ed anche in tal caso la decisione della Corte italiana è giunta, seppur con un ventennio di ritardo rispetto a quando il principio era stato sancito dalle sentenze *Van Gend en Loos* (1963) ed *Enel c. Costa* (1964), in anticipo rispetto al riconoscimento legislativo della fonte giurisprudenziale, che tutt'oggi latita non solo nel diritto italiano, ma addirittura in quello europeo. Basti ricordare che anche nel recente Trattato di Lisbona si è preferito omettere una chiara definizione del valore delle sentenze lussemburghesi, limitandosi ad un riconoscimento delle decisioni della Corte all'esterno del testo del trattato in senso stretto, bensì in una dichiarazione allegata(16).

Inoltre si ricorda che parte della dottrina si è già espressa affermando che l'efficacia delle sentenze della Corte di Strasburgo non dovrebbe essere solo *inter partes*, bensì *erga omnes*, e quindi si dovrebbe attribuire loro forza vincolante per il giudice nazionale(17); ciò anche alla luce dell'art. 17 CEDU, in forza del quale le disposizioni in essa contenute non possono essere applicate in modo da violare i diritti enunciati nella Convenzione; ne consegue che, se la Corte di Strasburgo è il soggetto preposto all'interpretazione della Convenzione(18), allora sarà necessario conformarsi alla sua giurisprudenza, al fine di adempiere pienamente al disposto dell'art. 17 CEDU, in considerazione del preambolo della legge delega 16 febbraio 1987, n. 81, laddove afferma che obiettivo del nuovo codice è l'adeguamento «alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale»: un inciso che diventa ancora più rilevante se letto dopo la riforma dell'art. 117 Cost. che ha ribadito l'obbligo del legislatore di operare nel rispetto degli obblighi internazionali(19).

Il diritto vivente, d'altra parte, non pare seguire la tesi dottrinale sopra esposta, poiché, pur riconoscendo che il giudice italiano è gravato dall'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU sia per colmare lacune dell'ordinamento interno che per risolvere conflitti fra norma interna e Convenzione sanabili per via interpretativa(20), non giunge ad affermare che è anche tenuto a disapplicare la legge italiana incompatibile con le norme della Convenzione.

Ciò comporta che, quando un precedente della Corte dei diritti dell'uomo contrasta in modo insanabile con una fonte legislativa nazionale, il giudice ordinario italiano non può disattenderla direttamente; ma può – e deve – sollevare la questione di costituzionalità in ordine alla presunta illegittimità della norma nazionale, laddove contrasti con la CEDU(21), ammettendo però – ad avviso di chi scrive – che il parametro di valutazione di violazione della norma interposta non derivi unicamente dalla lettera della Convenzione,

bensi possa essere integrato con la giurisprudenza della Corte EDU.

In conclusione, come si è già detto, sarebbe opportuno un intervento legislativo organico volto a specificare quale sia l'istituto del quale avvalersi per garantire l'esecuzione *inter partes* delle sentenze di Strasburgo e a chiarire l'efficacia *erga omnes* della giurisprudenza di questa Corte; soprattutto per evitare che, delegando alla giurisprudenza un compito che non le è proprio, si rischi di generare incertezza del diritto e, conseguentemente, situazioni di ingiustizia sostanziali derivanti da tale anomia, cosicché – paradossalmente – la volontà di rimediare ad una lesione dei diritti dell'uomo, rischia di comportare a sua volta una diversa violazione di queste norme(22).

3. La rilevanza delle sentenze della Corte di Giustizia.

Il valore giuridico delle decisioni emesse dalla Corte di Giustizia del Lussemburgo è più chiaro rispetto a quello delle sentenze della Corte dei diritti dell'uomo. D'altra parte la diversa funzione della Corte di Giustizia rende meno distinti i due diversi profili che sono stati trattati partitamente nel paragrafo precedente, quanto meno per due ordini di motivi: **a)** in primo luogo perché, al contrario della Corte EDU, la sua funzione – quantomeno nel procedimento incidentale – non è quella di decidere della violazione della norma nel caso concreto, bensì di interpretare le norme comunitarie, ovvero di valutare se queste siano compatibili con i principi del diritto dell'Unione Europea(23);

b) in secondo luogo perché, essendo adita fino ad oggi in via incidentale, tanto che la Corte Costituzionale è giunta a riconoscere che la pronuncia della Corte di Giustizia «*costituisce un prius logico e giuridico rispetto alla questione di legittimità costituzionale, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata e, dunque, la rilevanza di tale ultima questione*»(24), anziché una volta esauriti i rimedi giudiziari interni, come invece prescrive l'art. 35 CEDU, diviene meno sentita l'esigenza di elidere il giudicato nazionale per mezzo della decisione della Curia.

Per queste ragioni, considerato che la stessa Corte di Giustizia, nonché la Corte costituzionale italiana, hanno riconosciuto il valore normativo delle sentenze della Corte lussemburghese, l'aspetto più rilevante della materia consiste nei limiti che incontra questa fonte.

3.1. L'obbligo di interpretazione conforme ed il potere di riproporre la questione all'esame della Corte di Giustizia.

Chiarito che anche le decisioni della Corte di Giustizia devono essere considerate una fonte del diritto dell'Unione Europea, e che queste possono obbligare il giudice nazionale a disapplicare il diritto interno che risulti assolutamente incompatibile con le norme dell'UE(25), ne consegue che, anche qualora si ravvisi un'assoluta incompatibilità fra la norma penale e la previa decisione della Corte del Lussemburgo, si dovrà preferire quest'ultima, disapplicando la prima; fermi restando i limiti di cui si dirà *infra*.

La stessa giurisprudenza della Curia, però, indica dei correttivi a questa regola generale poiché, pur sancendo il valore pienamente vincolante delle proprie decisioni nei confronti dei giudici nazionali, precisa che questa fonte è in realtà dotata di una resistenza limitata rispetto a quelle legislative: qualora il giudice intenda distaccarsi dal precedente della Corte di Giustizia, pur non potendolo fare direttamente, potrà giungere a questo risultato proponendo nuovamente la questione all'esame della Curia, rappresentando le ragioni di

fatto e di diritto per le quali ritiene opportuno il mutamento giurisprudenziale, spingendo così la Corte all'*overruling*(26). Ciò determina un continuo scambio fra il giudice comunitario Lussemburghese ed i giudici nazionali investiti di questioni che necessitano dell'interpretazione del diritto dell'Unione europea e permette altresì di aggiornare la fonte giurisprudenziale, sia alle modifiche normative che *medio tempore* possono sopraggiungere, che alle diverse interpretazioni dei principi del diritto europeo dei quali fa spesso uso la Corte di Giustizia nelle proprie decisioni.

Sotto questo aspetto, infine, si ricorda che, a parere di alcuni autori, «ragionare soprattutto per principi e non per regole, palesando ed esercitando una sorta di *«judicial review»* che rende la sua attività assai più simile a quella della Corte Suprema statunitense che non a quella della nostra Corte costituzionale, con una discrezionalità nel precisare l'interpretazione del diritto comunitario e delineare fattispecie e conseguenze giuridiche il cui ancoraggio al testo normativo scritto risulta sempre più remoto, tanto da portare a considerare le sentenze come una fonte normativa *«sui generis»* di diritto «a base giurisprudenziale»»(27).

3.2. L'obbligo di interpretazione conforme ed i suoi limiti applicati nel diritto penale.

Atteso che le pronunce della Corte di Giustizia hanno l'efficacia di fonte normativa di cui si è trattato al paragrafo precedente, anche quando sorgono a seguito di un ricorso *ex art. 35 ex-TUE*, ovvero quando operano nel diritto penale; e considerato che le direttive rimaste prive di tempestiva attuazione, per quanto di immediata efficacia, non possono avere come effetto la creazione di obblighi in capo ai privati, a maggior ragione una decisione della Corte di Giustizia, non può costituire un obbligo in capo ad un privato e, per quanto attiene al diritto penale, non può avere l'effetto di costituire od aggravare la sua responsabilità penale(28).

In materia penale, anche quando la Curia ha affermato che anche le decisioni quadro possono acquisire efficacia diretta, ha comunque sottolineato come tale particolare efficacia non possa operare nel caso in cui l'applicazione diretta della fonte europea comporti conseguenze negative «sulla responsabilità penale dell'interessato»(29).

Orbene, se le fonti fino ad oggi più efficaci del diritto penale europeo sono rappresentate dalle decisioni quadro, ed anche queste incontrano i limiti predetti, deve ritenersi che anche le decisioni della Corte di Giustizia soggiacciono alle medesime limitazioni, e ciò quanto meno per due ordini di motivi:

- 1) in primo luogo perché, essendo la Corte lussemburghese tenuta ad interpretare o giudicare la validità di decisioni e decisioni quadro, ne consegue che il giudizio su tali fonti dovrà, in ogni caso, incontrare i limiti fisiologici di queste;
- 2) in secondo luogo perché, anche nel caso in cui (come oggi può avvenire, stante la vigenza del Trattato di Lisbona) la Corte si trovasse a giudicare in materia penale su fonti differenti, e prive dei medesimi limiti operativi, ha riconosciuto che «*il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri [e] deve essere considerato come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario*»(30), ed ancora che «*Il principio di irretroattività delle norme penali più severe - che è un principio comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e fa parte integrante dei principi generali del diritto di cui il giudice comunitario deve garantire l'osservanza - impedisce l'applicazione*

retroattiva di una nuova interpretazione di una norma che descrive un'infrazione, nel caso in cui si tratti di un'interpretazione giurisprudenziale il cui risultato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l'infrazione è stata commessa»(31) impedisce di disapplicare tali principi anche nel caso in cui la fonte normativa europea su cui si fonda il ricorso alla Corte sia diversa dalla decisione quadro.

3.3. Le decisioni della Corte di Giustizia ed la *res judicata*.

Mancano, ad oggi, decisioni relative all'erosione del giudicato penale ad opera di sentenze della Corte di Giustizia, ciò – ad avviso di chi scrive – può essere dovuto al fatto che, fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le disposizioni che disciplinavano il ricorso alla Corte lussemburghese in materia penale, erano limitate a quelle contenute all'art. 35 TUE, che ammetteva esclusivamente il ricorso incidentale. Norma, tra l'altro, che la dottrina ha ampiamente criticato, ritenendo che non offrisse un efficace strumento di tutela giurisdizionale, anche alla luce della difformità di tale disposizione rispetto all'analogo articolo in materia civile (*ex art. 234 TUE*)(32).

Alcune considerazioni, però, possono far ritenere che questa situazione possa rapidamente cambiare nel corso dei prossimi anni:

a) il venir meno delle distinzioni fra la base giuridica su cui si fondava il ricorso alla Curia per le questioni civili e quelle penali(33);

b) la modifica dell'art 6 TUE, il cui ultimo paragrafo ora prevede che: «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali»(34);

c) i precedenti della Corte di Giustizia che, in materia civile ed amministrativa, hanno già significativamente intaccato l'intangibilità del giudicato nazionale.

Alla luce di questi tre elementi si può ritenere che possa non considerarsi improbabile una futura pronuncia della Corte di Giustizia – magari in tema di Mandato d'Arresto Europeo, art. 54 dell'accordo di Schengen, o in materia di diritto penale societario(35) – che, come è già avvenuto in altri campi del diritto, assuma che una sentenza divenuta definitiva in violazione delle norme del diritto dell'UE, sia in realtà afflitto da un vizio tale da non poter godere della intangibilità della *res judicata*, e possa – pertanto – obbligare il giudice nazionale alla riapertura del processo.

4. Conclusioni.

La prima considerazione che emerge dalle riflessioni precedenti è che il nostro sta passando da un sistema di *civil law* ad un sistema misto(36), nel quale si sta gradatamente estendendo la componente di *common law*, consistente nella introduzione di fonti normative di natura giudiziaria, in particolare di Corti non nazionali, ma dotate di una particolare – seppur diversa – autorità riconosciuta dallo Stato italiano. Corollario di questa prima analisi è che gli effetti pratici di tale novità dipenderanno a loro volta, non solo dalle scelte normative poste in essere dal legislatore italiano, ma soprattutto da come i giudici nazionali interpreteranno la rilevanza di queste nuove fonti. Non ci si riferisce soltanto ai giudici ordinari (che comunque, seppur in modo parziale ed indiretto possono giungere ad esercitare di fatto un controllo di costituzionalità diffuso), quanto alla Corte costituzionale,

alla quale sarà demandato il compito di instaurare un dialogo con le altre Corti Supreme(37).

Un'ulteriore osservazione che potrebbe sorgere spontanea è che il riconoscimento dei diritti contenuti nella CEDU da parte dell'Unione Europea e la sua possibile adesione all'intera Convenzione, potrebbe comportare una duplicazione delle funzioni fra la Corte EDU e la Corte di Giustizia. Pensare che ciò comporti la creazione di un semplice doppione è un'idea tanto semplicistica quanto priva di fondamento, almeno per due ordini di ragioni di immediata evidenza:

a) la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo unisce molti più Paesi dell'Unione europea, i quali – molto probabilmente – non hanno alcuna intenzione di sottoporsi alla giurisdizione della Corte lussemburghese, anche perché questa ha una composizione ben diversa rispetto a quella di Strasburgo. Per questo motivo, anche solo una valutazione sulla diversa “competenza territoriale” della Corte di Strasburgo, dovrebbe portare ad escludere questa ipotesi(38);

b) in secondo luogo, come già si è ricordato, la Corte di Giustizia è tenuta a giudicare sull'interpretazione e sulla validità di determinate fonti giuridiche, mentre la funzione della Corte EDU è ben diversa poiché è volta a valutare la violazione di un diritto fondamentale nel caso concreto(39). È pur vero che questa distinzione non potrà mai operare fino in fondo nella pratica, poiché quando la Corte di Strasburgo è chiamata a giudicare una violazione derivante dall'interpretazione di una fonte normativa nazionale, può criticare tale disposizione (come in effetti ha fatto spesso, basti pensare alla giurisprudenza sull'art. 175 C.p.p. in relazione al giudizio contumaciale). E, parimenti, una considerazione speculare vale per la Corte di Giustizia, la quale, esprimendosi, ad esempio, in merito alla successione della legge nel tempo, dovrà valutare come la propria decisione possa incidere sulla responsabilità penale del ricorrente. Tuttavia non potrà negarsi che questa dichiarata diversa finalità del giudizio comporta necessariamente delle differenze nel *modus operandi* delle due Corti;

c) infine perché – quanto meno allo stato attuale – ci si può rivolgere a queste due Corti in tempi differenti e neppure parzialmente coincidenti poiché, mentre la competenza della Corte di Giustizia è pregiudiziale; il ricorso alla Corte EDU, ai sensi dell'art. 35 della Convenzione, può essere esperito solo quando siano esauriti i rimedi giuridici interni(40).

Tuttavia non può negarsi, da un lato, che la crescente attenzione dell'Unione europea verso i diritti umani, attuata con il riconoscimento della CEDU e con la valorizzazione della Carta europea dei diritti fondamentali, determina una conseguente estensione delle competenze della Corte di Giustizia e che questa si è dimostrata sempre molto interessata alla materia ed anche molto produttiva, basti pensare alla giurisprudenza sul *ne bis in idem* che ha sviluppato in pochi anni; ed anzi, tale fermento si è talvolta tramutato in un attivismo che è stato anche criticato(41).

Dall'altro lato, si deve riconoscere che si sta creando una zona di parziale sovrapposizione fra le competenze delle due corti, quanto meno nella parte in cui la Carta di Nizza (oggi vincolante ed incorporata al Trattato) esprime i medesimi principi menzionati nella CEDU. Ciò potrebbe comportare dei contrasti che soltanto il comportamento dei giudici delle due Corti potrà evitare, magari con un reciproco *self-restraintment*, così da evitare insanabili contrasti giurisprudenziali e, in ultima analisi normativi, che potrebbero fare sorgere la necessità di individuare una chiara gerarchia fra le decisioni di queste due Corti(42).

Al contrario, una forma di “dialogo fra le Corti” potrebbe portare a risultati estremamente fruttiferi, magari valorizzando le già citate differenze che caratterizzano le due diverse istituzioni, garantendo, per gli ambiti di rispettiva competenza, il più ampio rispetto dei diritti umani.

Dal punto di vista dell'operatore del diritto, ciò comporterà la necessità di mutare *forma mentis* e competenze, conoscendo approfonditamente non solo la giurisprudenza, ma anche le modalità di funzionamento delle due diverse Corti, così da poter valutare strategicamente quando sia opportuno rivolgersi all'una, all'altra, ovvero alla Corte costituzionale italiana.

Note:

(1) La Comunità del Carbone e dell'acciaio è stata istituita il 18 aprile 1951 ed è cessata il 23 luglio 2002; la Comunità Economica Europea è nata nel 1955 ad opera del Trattato di Roma ed ha mantenuto questa denominazione fino al 1992, quando con il trattato di Maastricht è divenuta Comunità Europea (ma *in nomen est substantia rerum*, ed infatti il cambiamento fu sostanziale e tutt'altro che puramente nominale); l'Unione Europea, altrettanto, è stata creata con il predetto Trattato di Maastricht del 1992, il quale, costituendo i tre pilastri, fra cui il primo era la Comunità europea; infine, con il Trattato di Lisbona del 2007, superato il sistema dei pilastri, è venuta meno la denominazione di Comunità europea, mantenendo solo Unione europea.

(2) E per queste si rimanda a: P. Bilancia – M. D'Amico, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2009; Baratta, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Dir UE*, 2008.

(3) S. Rodotà, *Diritto, diritti, globalizzazione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2000, 777.

(4) Anche di recente lo stato italiano è stato esortato dalla *Grand Chamber* della Corte a prendere atto di questo principio con la sentenza Scordino c. Italia del 29 marzo 2006, nella quale la il giudice ha affermato: «*the Court is [...] required to verify whether the way in which the domestic law is interpreted and applied produces consequences that are consistent with the principles of the Convention, as interpreted in the light of Court's case-law*».

(5) Art. 46 co. 1 CEDU, come modificato dal protocollo 14.

(6) Ampliamente trattato dalla dottrina: In *Dir. pen. proc.*, 2007, 10, p. 1333, con il commento di Tucci; nonché i commenti di Lonati, *Il caso “Dorigo”: un altro tentativo della giurisprudenza di dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in attesa di un (auspicato) intervento legislativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 1539.

(7) Cass. sez. I, 22 Settembre 2005, n. 35616, con nota di E. Selvaggi, *Cass. pen.* 2006, 10, p. 3182.

(8) Cass. sez. I, 12 Luglio 2006, n. 32678; con nota, fra le altre, di A. Tamietti, *Cass. pen.* 2007, 3, p. 1015.

(9) E. Aprile – F. Spiezia, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, IPSOA 2009 p. 129.

(10) Cass. Sez. VI, 12 novembre 2008, Drassic, peculiarità del caso era che la Corte EDU con la propria decisione (11 dicembre 2007, Drassic c. Italia) non aveva contestato il merito del procedimento ma unicamente la parte di legittimità, più precisamente la modificazione della qualificazione giuridica del fatto contestato, così da far venire meno la prescrizione; Si veda in tal senso: V. Sciarabba, *la “riapertura” del giudicato in seguito a sentenze della corte di Strasburgo: questioni generali e profili interni* Giur. cost. 2009, 1, p. 513.

(11) Sentenza Ay, Cass. Sez. I, 12 febbraio 2008.

(12) «È necessario mettere il ricorrente, il più, possibile in una situazione equivalente a quella nella quale egli si sarebbe trovato se non fosse stata violata la disposizione della Convenzione» per tutte Somogyi c. Italia,

18 maggio 2004.

(13) V. Sciarabba, op. cit.

(14) In tal senso si veda la c.d. teoria dei contro limiti sviluppatasi nell'alveo del diritto comunitario.

(15) Confermata poi dalla sentenza n. 389 del 1989.

(16) 17^a Dichiarazione relativa al primato: «La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza.

Inoltre, la conferenza ha deciso di allegare al presente atto finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260):

“Parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007:

*Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All'epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza consolidata (Costa contro ENEL, 15 luglio 1964, causa 6/64) non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato. La situazione è a tutt'oggi immutata. Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia.”. Amplius in Baratta, op. cit. e S. Baroncelli, *Le fonti del diritto nell'UE dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona: verso un'accresciuta complessità del sistema* in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. n. 3/2008.*

(17) A. Balsamo *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale “imprevedibile”: una “nuova frontiera” del processo di “europeizzazione” del diritto penale*, in *Cass. pen.* 2007, 5, p. 2202, ritiene che già la sentenza Somogyi (Cass. Sez. I, 12 luglio 2006, n. 32678) sia giunta alla disapplicazione della norma nazionale ed alla diretta applicazione della norma convenzionale; G. Ubertis, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo* in *Cass. pen.* 2005, p. 1091, a parere di chi scrive è invece meno convincente il riferimento che l'autore fa agli artt. 6 e 7 TUE allora vigente poiché, come ha anche confermato la Corte Costituzionale, la CEDU non è una fonte di diritto dell'Unione Europea e, se anche questa anche vi entrasse a pieno titolo, conformemente a quanto disposto dal Protocollo 14 e dalle norme del Trattato di Lisbona, in ogni caso la Corte di Strasburgo non sarebbe un'istituzione dell'Unione Europea e quindi non potrebbe essere equiparata sotto ogni aspetto alla Corte di Giustizia.

(18) Corte Cost. nn. 348 e 349 del 2007, vedi *supra*.

(19) E. Aprile, *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, CEDAM, Padova, 2007.

(20) F. Viganò, *Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2007, 1, p. 42.

(21) G. Tesauro, *Dottrina Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. Eur* II 2009, p. 195, il quale argomenta che, così facendo, si creerebbe un controllo diffuso di costituzionalità, in contrasto con quanto disposto dal nostro ordinamento giuridico, (d'altra parte va ammesso che la disapplicazione diretta, però, opera pacificamente nei contrasti fra norma interna e le fonti di diritto dell'UE); S. Valaguzza, *Riflessioni sul primato attenuato del diritto CEDU e sui suoi possibili sviluppi: prospettive interpretative per il giudizio amministrativo* in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2008, 6, p. 1375.

(22) In realtà questo problema non è nuovo, tanto che è già stato affrontato, seppure sotto un diverso aspetto, nel convegno tenutosi presso l'Università di Ginevra il 19 e 20 febbraio 2010.

(23) E, più precisamente, l'art. 35 ex-TUE, che fino a pochi mesi fa è stato l'unica base giuridica per invocare l'intervento della Curia in materia penale, limitava la sua competenza alle pronunce sulla validità od interpretazione di decisioni quadro e decisioni.

(24) Corte Cost. 13 luglio 2007, n. 284.

(25) Principio riconosciuto anche dalla Corte costituzionale italiana con la sentenza n. 170 del 1984 *Granital*.

(26) T. E. Epidendio, *Diritto Comunitario e diritto penale interno*, Giuffrè, Milano, 2007. L'Autore, rifacendosi alle tecniche per superare il precedente vincolante ben note nei sistemi di *common law*, affianca all'*overruling* il *distinguish*, ovvero la dimostrazione che, alla luce della *ratio decidendi*, il precedente invocato non è in realtà applicabile al caso concreto *sub judice*. Ad avviso di chi scrive, però, questo non è una procedura giudiziaria per superare un precedente in un caso in cui sarebbe dovuto essere applicato, bensì un procedimento logico volto ad evitarne un utilizzo ultroneo rispetto alla *ratio* che ha giustificato la prima decisione.

(27) T. E. Epidendio, op. cit.

(28) Corte di Giustizia 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02, C-403/02, Berlusconi, Adelchi, Dell'Utri; punto. 74, che a sua volta rimanda a: sentenze 8 ottobre 1987, causa 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Racc. pag. 3969, punto 13, e 7 gennaio 2004, causa C60/02, X, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 61 e giurisprudenza ivi citata.

(29) cfr. C-105/03, *Pupino*; pt. 67.

(30) Corte di Giustizia 3 maggio 2005, cit. pt. 68 e 69.

(31) Corte di Giustizia, sez. II, 8 febbraio 2007, n. 3 *Groupe Danone*, nonché in Corte di Giustizia 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri*.

(32) E. Herlin-Karnell, *The Lisbon Treaty and the Area of Criminal Law and Justice in European Policy Analysis 3-2008*, SIEPS; C. Ladenbergerer, *Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon*; G. de Kerkov - A. Weyembergh, *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005; E. Aprile - F. Spiezia, op. cit..

(33) da un lato legitimerà più facilmente e in maniera più efficace al ricorso incidentale, dall'altro aprirà la strada al ricorso diretto, rimedio che è stato esteso con la riforma del Trattato di Lisbona, così da superare le forche caudine dell'interesse "personale e diretto" già criticato dalla giurisprudenza della corte Baratta, op. cit..

(34) E si segnala altresì la possibilità che l'Unione entri a far parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come previsto dagli artt. 6 par. 2 TUE e 218 TFUE.

(35) Sempre fermi restando i limiti che la Corte di Giustizia ha espresso nelle sentenze già citate, per cui la modifica della situazione nella quale versava il soggetto prima del ricorso alla Corte non dovrà essere aggravata dalla decisione stessa.

(36) La distinzione fra sistemi giuridici di *common law* e *civil law* è una necessaria semplificazione, poiché nessun sistema concreto rispecchia fino in fondo il modello astratto, essendo in realtà sempre

un ibrido fra i due modelli opposti (A. Gambaro - R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, ed. II, UTET, Torino, 2002, p. 20 e ss.). Ed in effetti il nostro sistema giuridico già conosceva la fonte giurisprudenziale prima che si ponesse il problema del valore delle decisioni di Strasburgo e Lussemburgo: basti ricordare l'art. 136 Cost. e l'ipotesi in cui una sentenza della Corte costituzionale, dichiarando illegittima un reato, porti all'abrogazione di una norma, in forza della quale si era formato il giudicato.

(37) In tal senso V. Zagrebelski, già durante la sua *lectio magistralis* dell'11 maggio 2007 presso l'Università degli Studi di Milano; poi, in numerosi suoi articoli.

(38) Seppure non si ritenga che possa rappresentare un precedente rappresentativo, merita però di essere ricordato come, in materia di Accordo di Schengen, la giurisdizione sulla sua interpretazione e violazione di questa fonte sia passata alla Corte di Giustizia molti anni dopo l'entra in vigore dell'accordo; perciò un'estensione delle sue competenze a materie che prima riguardavano altre Corti non sarebbe un evento del tutto nuovo.

(39) E. Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritti penale*, Giappichelli, Torino, 2006; F. Viganò, op. cit..

(40) In un precedente è stata concessa la legittimazione in anticipo rispetto a quanto statuito dall'art. 35 CEDU, tuttavia non si ritiene che, allo stato attuale, questa decisione possa mutare significativamente il momento in cui rivolgersi alla Corte di Strasburgo: Mascio c. Italia del 16 dicembre 2004 (in *Sentenze della corte europea dei diritti dell'uomo concernenti lo Stato italiano*, www.camera.it); tuttavia con una decisione successiva pare aver limitato questa *chance* Strasburgo, 24 giugno 2009, *Daddi c. Italia* (ricorso n. 15476/09)

(41) Ci si riferisce in particolare alla decisione C-176/2003 con la quale è giunta, per via giurisprudenziale, al superamento del confine posto fra primo e terzo pilastro, affermando che anche una direttiva può avere contenuto penalistico, qualora questo sia indispensabile per il perseguimento di un fine della Comunità europea diversamente non realizzabile.

(42) Operazione tutt'altro che facile, considerando, da un lato, che l'art. 11 Cost. obbliga l'Italia ad un particolare rispetto per l'Unione europea, che si sostanzia in una parziale cessione della comunità e che, in uno con l'art. 4 TUE che obbliga alla leale cooperazione renderebbe molto difficile disattendere una decisione della Curia; dall'altro che è ormai riconosciuto anche da fonte legislativa, che lo Stato italiano deve adoperarsi per garantire l'esecuzione delle sentenze della Corte EDU, come si è visto, anche superando il vincolo del giudicato.