

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:

Roberta Barbanera (R.BA.), 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 di diritto amministrativo:

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

sezione di diritto costituzionale regionale:

Francesca Bailo (F.B.), Pasquale Costanzo, 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:

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 Torsoglio (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV.), Marzio Bini (MA.BN.), Elisa Bondi (E.BND.), Antonio Bisignani, Emanuela Boggione, 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 Capodice, Iliara Carassale (IL.CRS.), Valentina Carlini (V.C.), Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Stefano Cavanna, Chiara Cellerino (C.CELL.), Disma Cerruti (D.M.), Lara Cipriani (LA.CIP.), Enrico Clerici (E.CLE.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), Francesca Dagnino (F.DA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dasso, Daniela Degiovanni (DA.DE.), Raffaella Demaria (R.D.), Ettore Ditta, Paolo Donadoni, Carlo Fava, Wanda Finelli (W.F.), Francesca Florino, Cesare Fossati, Elizabeth Frixione (EL.FR.X.), 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.), Andrea Giolo (AN.GI.), 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.), Cristina Marras, Alessandro Massa, Francesco Simone Melandri (F.S.M.), Jenny Meloni (J.MLN.), Alessandra Mereu, Priscilla Mignemi (P.MGN.), Federico Montaldo, Raffaele Nicolini (RAF.NIC.), Diego Nucifora (D.NCF.), Silvia Olcese (SI.OL.), Caterina Oliva, Giorgia Orsi, Mirko Parentini (MK.PAR.), Carlo Pasero (C.PA.), Raffaella Pastore (RAF.PST.), Pier Luigi Luciano Pesce, Nicolò Pescetto (N.P.), Stefania Polidoru (STE.POL.), Stefania Piano, Giovanni Porcile, Andrea Rava (A.RAV.), Federico Repetti (F.RPT.), Raffaella Romoli (R.RO.), Anna Ruberto, Giovanna Rupnik, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Beatrice Scafidi (B.S.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Federico Semino (FD.SMN.), Andrea Sergio, Michele Sivarado (M.SIV.), Laura Sommazzi, Paolo Tarnassi, Federica Testini, 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 famiglia e minori:

Rossella Atzeni, Cinzia Miniotti

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.), Barbara Lelli (B.L.), Francesca Paderno (F.P.), Lara Trucco (L.T.)

sezione di diritto tributario:

Sara Armella, Andrea Bodrito, Fausto Capello, Elizabeth Frixione (EL.FR.X.), Fabio Graziano (F.G.), Marco Grimani (MA.GRI.), 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 Ciravenia (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 Francese S.r.l., via Riboli, 20 - 16145 Genova - Tel. 010 311624 - Fax 010 3622813
editorialetipografica@editorialetipografica.com*

Si ringraziano:

- l'Associazione Italiana Giovani Avvocati (A.I.G.A.) - sezione di Genova
- la Camera Civile di Genova

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

© Scuola Tipografica Sorriso Francese 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

Circolazione stradale
Comunione e condominio
Danni in materia civile (vedi anche la voce: Procura speciale)
Obbligazioni e contratti
Possesso e azioni possessorie
Procura speciale
Responsabilità civile (vedi anche la voce: Circolazione stradale)
Titoli di credito
Unione europea (vedi anche la voce: Responsabilità civile)

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate in massima

Appalto
Arricchimento senza causa (vedi la voce: Obbligazioni in genere)
Comunione e condominio
Danni in materia civile
Decreto ingiuntivo
Lavoro (rapporto di)
Notificazione e comunicazione di atti civili
Obbligazioni in genere
Possesso e azioni possessorie
Procedimento civile
Prova civile
Responsabilità civile
Servitù
Usucapione

Note a sentenza

- Tribunale di Genova, 10 marzo 2009, n. 2116
Il danno non patrimoniale nella responsabilità extracontrattuale dopo le sez. un. n. 26972/2008, *Simonetta Cocconi*, 6

- Tribunale di Genova, sez. III, 30 dicembre 2008, n. 4758
Installazione di antenna satellitare centralizzata, *Daniela Persico*, 8

- Tribunale di Genova, sez. VI, 13 dicembre 2008
Restituzione di interessi indebitamente corrisposti: termine prescrizione, *Francesca Cudia*, 15

- Tribunale di Albenga, 27 maggio 2009, n. 174
L'esercizio dell'azione possessoria su beni demaniali, *Serena Torri*, 17

- Tribunale di Genova, sez. VI, ord. 31 marzo 2009
Anche la Cassazione può sbagliare: sulla responsabilità dello Stato-giudice, 26

Documenti

- Il danno non patrimoniale dopo la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite, 11 novembre 2008, n. 26972, *Claudio Viazzi*, 39

Recensioni

- Alberto Maria Benedetti, Il diritto privato delle Regioni, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 5-310, *Mauvo Grondona*, 53

SEZIONE FAMIGLIA E MINORI

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate integralmente

Affidamento

Documenti

- L'articolo 13 dell'Accordo di Cotonou e la competenza comunitaria in materia di conclusione di accordi di riammissione, *Rossella Atzeni*, 57

SEZIONE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate integralmente

Notaio

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate in massima

Ambiente
Attività venatoria
Atto amministrativo (vedi la voce: Ambiente)
Giustizia amministrativa (vedi la voce: Ambiente)
Tutela del paesaggio

Note a sentenza

- Consiglio di Stato, sez. IV, 27 marzo 2008, n. 1245
Notai: alla vigilia della sua soppressione, il giudice salva la preselezione informatica, *Francesca Paderno*, 72

Documenti

- Esecuzione di opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione.
Prime riflessioni sull'interpretazione degli artt. 32, comma 1, lett. G) e 122, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006, nel testo risultante dalle modifiche apportate dal d. lgs. n. 152 del 2008, *Aurelio Domenico Masuelli*, 77

SEZIONE DI DIRITTO COSTITUZIONALE REGIONALE

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate integralmente

Conflitto di attribuzione tra poteri
Elezioni provinciali
Professioni

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate in massima

Assegni periodici di mantenimento del coniuge
Competenza
Corte costituzionale

Note a sentenza

- Corte Costituzionale, ord. 20 marzo 2009, n. 85
La *dissenting* e la *concurring opinion* all'interno del collegio della Consulta. I diritti di petizione e di autodeterminazione delle comunità locali, *Francesca Bailo*, 84

- Corte Costituzionale, 30 maggio 2008, n. 179
Confermata l'esclusiva statale nell'individuazione delle professioni, *Barbara Lelli*, 87

- T.A.R. Liguria, sez. II, 28 maggio 2009, n. 90
Quando il "fatto formale" precede "la sostanza del problema": il caso di riammissione di una lista di candidati alle elezioni provinciali, *Lara Trucco*, 90

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate integralmente

Processo tributario

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate in massima

Accertamento
Autotutela
Contenzioso
Cosap
Dichiarazione di successione (vedi la voce: Contenzioso)
Doganale
Ici
Imposta di registro
Responsabilità solidale
Riscossione (vedi la voce: Ici)

SEZIONE DI DIRITTO PENALE

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate integralmente

Infortuni sul lavoro
Querela

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate in massima

Competenza per territorio
Concorso di persone
Contravvenzioni di polizia
Delitti contro il patrimonio
Delitti contro l'amministrazione della giustizia
Delitti contro la famiglia
Delitti contro la fede pubblica
Delitti contro la persona
Delitti contro la pubblica amministrazione
Misure di sicurezza
Prova (vedi la voce: Delitti contro la persona)
Querela
Stupefacenti
Testo unico leggi di pubblica sicurezza

Osservatorio

- Le prime applicazioni del nuovo reato di stalking, *Paolo Pittaluga*, 110

SEZIONE DI DIRITTO CIVILE

SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE

(ordine cronologico)

Tribunale di Albenga

- 27 maggio 2009, n. 174, voce Possesso e azioni possessorie, 16

Tribunale di Genova

- sez. VI, 13 dicembre 2008, voce Obbligazione e contratti, 14
- sez. III, 30 dicembre 2008, n. 4758, voce Comunione e condominio, 7
- sez. II, 11 febbraio 2009, n. 621, voce Danni in materia civile, 10
- sez. VI, 21 febbraio 2009, n. 748, voce Procura speciale, voce Danni in materia civile, 17
- 10 marzo 2009, n. 2116, voce Circolazione stradale, voce Responsabilità civile, 5
- sez. VI, 31 marzo 2009, n. 1329, voce Responsabilità civile, voce Unione europea, 21
- sez. VI, 31 marzo 2009, voce Unione europea, 22
- sez. VI, 31 luglio 2009, R.g.n. 4969/06, voce Titoli di credito, 30

SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE IN MASSIMA

(ordine cronologico)

Corte d'Appello di Genova

- sez. I, 3 gennaio 2009, voce Responsabilità civile, 38
- sez. II, 17 gennaio 2009, n. 46, voce Usucapione, 38
- sez. II, 13 gennaio 2009, n. 24, voce Notificazione e comunicazione di atti civili, 35

Tribunale di Albenga

- 20 settembre 2008, voce Responsabilità civile, 37
- 3 febbraio 2009, voce Servitù, 38
- ord. 1 giugno 2009, voce Possesso e azioni possessorie, 35
- ord. 15 giugno 2009, voce Possesso e azioni possessorie, 35

Tribunale di Genova

- sez. II, 24 maggio 2007, n. 1881, voce Responsabilità civile, 36
- 4 gennaio 2008, n. 51, voce Prova civile, 36
- sez. III, 8 gennaio 2008, n. 61, voce Comunione e condominio, 33
- sez. VI, 18 gennaio 2008, n. 269, voce Appalto, 33
- sez. VI, 18 gennaio 2008, n. 270, voce Comunione e condominio, 33
- sez. II, 22 gennaio 2008, n. 317, voce Responsabilità civile, 36
- sez. II, 28 gennaio 2008, n. 435, voce Responsabilità civile, 37
- sez. II, 29 gennaio 2008, n. 424, voce Responsabilità civile, 37
- sez. II, 4 febbraio 2008, n. 520, voce Responsabilità civile, 37
- 9 febbraio 2009, voce Danni in materia civile, 33
- 21 febbraio 2009, voce Danni in materia civile, 34
- sez. VI, 25 marzo 2009, R.g.n. 10302/07, voce Obbligazioni in genere, voce Arricchimento, 35
- sez. VI, 16 aprile 2009, n. 1562, voce Procedimento civile, 36
- sez. VI, 16 maggio 2009, n. 1984, voce Decreto ingiuntivo, 34

Tribunale di Savona

- 6 febbraio 2007, voce Lavoro (rapporto di), 34
- 4 febbraio 2009, voce Lavoro (rapporto di), 34
- 10 febbraio 2009, voce Lavoro (rapporto di), 34

SEZIONE FAMIGLIA E MINORI**SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE**
(ordine cronologico)**Tribunale per i Minorenni di Genova**

- decreto 8 giugno 2009, n. 444/09 V.G., voce Affidamento, 55

SEZIONE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO**SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE**
(ordine cronologico)**Consiglio di Stato**

- sez. IV, 27 marzo 2008, n. 1245, voce Notaio, 70

SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE IN MASSIMA
(ordine cronologico)**Consiglio di Stato**

- sez. V, 28 novembre 2008, n. 5910, voce Am-

biente, voce Giustizia amministrativa, voce Atto amministrativo, voce Ambiente, 76

T.A.R. Liguria

- sez. II, 9 gennaio 2009, n. 29, voce Attività venatoria, 76
- sez. I, 15 gennaio 2009, n. 57, voce Tutela del paesaggio, 76

SEZIONE DI DIRITTO COSTITUZIONALE REGIONALE**SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE**
(ordine cronologico)**Corte costituzionale**

- 30 maggio 2008, n. 174, voce Professioni, 87
- ord. 20 marzo 2009, n. 85, voce Conflitto di attribuzioni tra poteri, 83

T.A.R. Liguria

- decreto del Presidente, 16 maggio 2009, n. 161, voce Elezioni provinciali, 88
- sez. II, 28 maggio 2009, n. 90, voce Elezioni provinciali, 89

SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE IN MASSIMA
(ordine cronologico)**Corte costituzionale**

- ord. 25 gennaio 2008, n. 14 voce Corte costituzionale, 94
- ord. 10 luglio 2008, n. 258, voce Assegni periodici di mantenimento del coniuge, 94
- 11 luglio 2008, n. 271, voce Competenza, 94

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO**SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE**
(ordine cronologico)**Commissione Tributaria Provinciale di Genova**

- sez. I, 11 febbraio 2008, voce Processo tributario, 95

SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE IN MASSIMA
(ordine cronologico)**Commissione Tributaria Provinciale di Genova**

- sez. IV, 3 giugno 2008, n. 116, voce Autotutela, 99
- sez. I, 24 settembre 2008, n. 213, voce Cosap, 99
- sez. XIV, 20 ottobre 2008, n. 173, voce Ici, voce Riscossione, 100
- sez. XIV, 28 dicembre 2008, n. 187, voce Accertamento, 99
- sez. XIII, 11 febbraio 2009, n. 56, voce Doganale, 100
- sez. X, 18 febbraio 2009, n. 33, voce Imposta di registro, 100
- sez. X, 18 febbraio 2009, n. 35, voce Doganale, 100
- sez. V, 25 febbraio 2009, n. 74, voce Imposta di registro, 100
- sez. XII, 6 marzo 2009, n. 50, voce Doganale, 100

Commissione Tributaria Provinciale di Savona

- sez. I, 18 novembre 2008, n. 234, voce Accertamento, 98
- sez. IV, 2 dicembre 2008, n. 281, voce Accertamento, 98
- sez. I, 4 dicembre 2008, n. 250, voce Responsabilità solidale, 99
- sez. IV, 9 dicembre 2008, n. 287, voce Contenzioso, voce Dichiarazione di successione, 99
- sez. I, 11 dicembre 2008, n. 263, voce Accertamento, 98
- sez. IV, 19 dicembre 2008, n. 302, voce Accertamento, 93
- sez. IV, 19 dicembre 2008, n. 303, voce Accertamento, 98

SEZIONE DI DIRITTO PENALE**SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE**
(ordine cronologico)**Corte d'Appello di Genova**

- 13 maggio 2009, n. 1200, voce Infortuni sul lavoro, 101

Tribunale di Genova

- 10 febbraio 2009, n. 599, voce Querela, 103

SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE IN MASSIMA
(ordine cronologico)**Tribunale di Genova**

- 16 aprile 2008, voce Stupefacenti, 109
- 22 aprile 2008, voce Testo unico leggi di pubblica sicurezza, 110
- 8 gennaio 2009, voce Contravvenzioni di polizia, 107
- 9 gennaio 2009, voce Querela, 109
- 13 gennaio 2009, voce Delitti contro la famiglia, 108
- 10 febbraio 2009, voce Delitti contro il patrimonio, 107
- 17 febbraio 2009, n. 197, voce Delitti contro il patrimonio, 107
- 23 febbraio 2009, voce Concorso di persone, 106
- 2 marzo 2009, voce Delitti contro la pubblica amministrazione, 109
- 3 marzo 2009, n. 197, voce Delitti contro il patrimonio, 107
- 10 marzo 2009, voce Delitti contro la persona, voce Prova, 108
- 11 marzo 2009, voce Competenza per territorio, 106, voce Delitti contro l'amministrazione della giustizia, 108, voce Delitti contro la fede pubblica, 108
- 11 marzo 2009, n. 294, voce Delitti contro la fede pubblica, 108
- 16 marzo 2009, n. 314, voce Delitti contro il patrimonio, 107
- 17 marzo 2009, voce Competenza per territorio, 106

Tribunale di Sorveglianza di Genova

- 8 giugno 2009, voce Misure di sicurezza, 109

Giudice per le Indagini Preliminari di Genova

- 9 gennaio 2009, voce Stupefacenti, 109

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova, sez. III civ., 7 settembre 2009, n. Pres. Frasccherelli - Lanati (Avv.ti Crovetto e Di Pietro) c. Condominio Via Campasso 39, Genova (Avv. Durelli).

COMUNIONE e condominio – vendita dell'immobile – pagamento delle spese condominiali – solidarietà passiva.

La norma di cui all'art. 63 disp. attuazione c.c. non incide sul criterio di individuazione del soggetto che, in caso di compravendita di appartamento condominiale, è tenuto al pagamento dei contributi. I principi enucleati dalla Suprema Corte sul punto e secondo cui, per un certo orientamento, deve aversi riguardo al proprietario al momento della delibera, secondo altro al momento della esecuzione dei lavori straordinari, attengono alla questione della imputabilità della spesa nei rapporti interni tra venditore ed acquirente, e non alla solidarietà passiva di cui all'art. 63 disp. Attuazione. Trattasi di questioni distinte, disciplinate da regole che operano su piani diversi, sia concettualmente che nella sequenza logico-giuridica con cui tali regole devono essere applicate. Il disposto di cui all'art. 63 disp. attuazione opera in un momento successivo, quando è certo che il debito grava sul venditore e si discute di quali spese l'acquirente deve rispondere in solido con il venditore, tenuto conto dei limiti temporali nei quali l'obbligazione solidale è circoscritta (decisione resa in un caso in cui un condominio aveva deliberato nel 2002 alcuni interventi straordinari - eseguiti nel 2003 - "spalmando" i relativi contributi negli esercizi 2003 e 2004; l'acquirente si era aggiudicato all'asta l'immobile nel 2005 e il condominio aveva ingiunto a questi il pagamento dei contributi collocati nell'esercizio 2004).

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

Con ricorso depositato in data 16 dicembre 2005 il Condominio di Via Campasso 396 chiedeva emettersi decreto ingiuntivo nei confronti del signor Lanati Marco Domenico, proprietario dell'unità immobiliare int. 9 per il pagamento in linea capitale di €4236,61 oltre interessi dal dovuto al saldo, esponendo:

- che con l'assemblea straordinaria 3 dicembre 2002 erano stati approvati lavori di straordinaria manutenzione per rifacimento del terrazzo, con spesa ripartita in 14 rate mensili dal 10 marzo 2003 fino al 10 aprile 2004;
- che non avendo l'allora proprietaria dell'unità interno 9 Ferrero Cinzia provveduto al pagamento, su ricorso del Condominio esponente il Tribunale di Genova aveva emesso decreto ingiuntivo per l'importo in linea capitale di € 12.374,55;
- che nel frattempo, restando la Ferrero pur sempre morosa nei pagamenti, l'unità immobiliare interno 9 era stata sottoposta a pignoramento e la relativa procedura esecutiva, da altri promossa, si era conclusa con la vendita al signor Lanati Marco Domenico il quale ne era pertanto divenuto proprietario in forza di decreto di trasferimento 7 febbraio 2005;
- che, ai sensi dell'articolo 63, secondo comma delle disposizioni di attuazione al codice civile, il nuovo proprietario era tenuto al pagamento delle spese condominiali, ordinarie e straordinarie, relative all'anno in corso (2005) all'acquisto e a quello precedente (2004), in solido con la precedente proprietaria;
- che il Lanati aveva saldato soltanto le spese di ordinaria

amministrazione mentre non aveva provveduto al pagamento dei ratei insoluti afferenti le spese di manutenzione straordinaria caduti nell'esercizio 2004, per il complessivo importo richiesto.

Contro il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo emesso in data 16 gennaio 2006 in accoglimento del ricorso, proponeva opposizione il signor Lanati Marco Domenico, concludendo come in epigrafe; assumendo l'inapplicabilità alla fattispecie dell'articolo 63 comma secondo sopra citato, sul fondamento del quale era stata formulata la pretesa monitoria del Condominio e chiedendo la sospensione della provvisoria esecutività; tutto ciò senza sollevare contestazioni sull'ammontare del credito azionato né sui fatti dedotti dal Condominio nel ricorso per l'ingiunzione.

Si costituiva il Condominio opposto chiedendo il rigetto dell'opposizione.

Respinta l'istanza di sospensione con ordinanza 6 giugno 2008, la causa, previa precisazione delle conclusioni, giunge ora in decisione.

Motivi della decisione

L'opponente invoca nelle proprie difese i principi enucleati dalla giurisprudenza in tema di compravendita di appartamento condominiale e secondo cui, per individuare il soggetto obbligato al pagamento delle spese, deve farsi riferimento, secondo un orientamento, al proprietario dell'unità immobiliare al momento della delibera, secondo altro orientamento (attualmente prevalente), al proprietario della stessa unità al momento dell'esecuzione dei lavori straordinari, senza tener conto della delibera che li ha approvati né, tanto meno, di quella che ha deciso il riparto.

Come correttamente osserva la parte opposta, questi principi non rilevano nel caso specifico, attenendo essi alla questione dell'imputabilità della spesa nei rapporti interni tra venditore e acquirente afferendo quindi alla questione dell'individuazione del soggetto che tra i due è tenuto al pagamento della spesa. La questione qui dibattuta è invece diversa e attiene alla solidarietà passiva dell'acquirente verso il Condominio per il pagamento di contributi pacificamente a carico del venditore, responsabilità che trova il suo fondamento nel disposto del più volte citato articolo 63. Si tratta di questioni distinte, disciplinate da regole che operano su piani diversi, sia concettualmente che nella sequenza logico-giuridica con cui tali regole devono essere applicate. I principi citati da parte opponente si applicano per la individuazione del soggetto che, tra venditore e acquirente, è tenuto al pagamento di quelle spese; il disposto dell'articolo 63 opera in un momento successivo dal punto di vista logico giuridico, quando è certo che il debito grava sul venditore e si discute di altra questione, ossia della individuazione delle spese delle quali l'acquirente debba rispondere in via solidale con il venditore, tenuto conto dei limiti temporali nei quali l'obbligazione solidale è circoscritta.

L'opposizione deve dunque essere respinta. Le spese seguono soccombenza.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, ogni diversa domanda, eccezione, istanza o deduzione respinte:

- respinge l'opposizione al decreto ingiuntivo 16.1.2006;
- condanna l'opponente alla rifusione delle spese dal Condominio convenuto sostenute per il presente giudizio che liquida in €35,00 per esborsi, €700,00 per diritti di avvocato ed €2.000,00 per onorario, con gli oneri fiscali e previdenziali di legge e il rimborso forfettario nella misura del 12,5% su diritti e onorari.

Tribunale di Chiavari, 25 giugno 2009, n. 517 – Pres. Davini – Est. Grasso – B. (Avv.ti Kusmic e Papagalli) c. Banco di San Giorgio s.p.a. (Avv.ti Ghigliotti e Lambroschini).

INTERMEDIARI FINANZIARI – contratto di deposito in custodia e amministrazione – controversia – competenza – consumatore – foro esclusivo – foro di residenza o domicilio elettivo.

(Art. 33 D. L.vo n. 206/2005)

INTERMEDIARI FINANZIARI – responsabilità per servizi di investimento – operazione di investimento – presupposti.

(Art. 23 D. L.vo 24.2.1998 n. 58)

Ai fini della determinazione della competenza territoriale in controversia per servizi d'investimento tra la banca intermediaria e la persona fisica che acquista strumenti finanziari, quest'ultima si considera consumatore se conclude l'acquisto per esigenze estranee all'esercizio della sua attività imprenditoriale o professionale.

La qualifica di consumatore comporta la necessità di considerare come foro esclusivo quello della residenza o del domicilio elettivo del consumatore.

La normativa che regola operazioni relative a strumenti finanziari mira a tutelare soggetti che interagiscono con operatori professionali nel campo dei servizi di investimento in strumenti finanziari e dunque presuppone il concreto realizzarsi di un'operazione di investimento: deve escludersi l'applicazione di tale normativa ove una siffatta operazione non sia stata realizzata.

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

Con atto di citazione notificato in data 30.6.2008 B. e I. M. convenivano in giudizio Banco di San Giorgio s.p.a. esponendo:

- di essere titolari di attività all'ingrosso di commercializzazione di prodotti ortofrutticoli [...];
- di essere clienti (alla luce delle plurime modifiche di assetto societario dell'Istituto di Credito) di Banco di San Giorgio s.p.a., in forza di contratto 23.7.1999 relativo a deposito e negoziazione di strumenti finanziari;
- di avere, nel corso del rapporto, effettuato scelte di investimento a basso rischio;
- di aver acquistato in data 1.10.2001, su suggerimento e indicazione del personale dell'Ufficio Titoli della Filiale di Sestri Levante della banca convenuta, titolo denominato "Argentina 04 9,25% UER", per un valore nominale di €67.000,00 ed una spesa effettiva di €56.921,23;
- di non essere stati avvertiti dell'elevato rischio che caratterizzava detto investimento;
- che la banca convenuta aveva pertanto commesso molteplici

violazioni della normativa di legge e regolamentare relativa alla conclusione del predetto genere di contratti;

che tali violazioni determinavano la sussistenza di molteplici profili di invalidità del contratto di acquisto relativo a detto titolo.

Su detti presupposti gli attori concludevano domandando dichiararsi la risoluzione del contratto di acquisto impugnato.

Si costituiva in giudizio Banco di San Giorgio s.p.a. con comparsa di risposta notificata il 25.9.2008 (depositata il 1.10.2008), contestando in fatto ed in diritto le domande attoree e chiedendo il rigetto delle stesse, in particolare: eccepeva l'incompetenza per territorio del Tribunale di Chiavari, per essere invece competente quello di Brescia in forza di valida clausola contrattuale;

nel merito, evidenziava che l'acquisto oggetto di domanda era in realtà stato un trasferimento fiduciario del medesimo titolo da S. M. (figlia di B. e sorella di I.) agli attori, motivato da esigenze familiari (separazione di S. M. dal coniuge e conseguente volontà di non "far risultare" detto bene patrimoniale);

a sostegno di quanto affermato, evidenziava la "neutralità" dell'operazione economica per gli attori, che in realtà nulla avevano sborsato per l'acquisto dei titoli: il prezzo versato dagli attori per l'acquisto dei titoli era stato contestualmente loro restituito, con bonifico, da S. M. (che appena prima aveva venduto lo stesso titolo), con una minima differenza (€714,87) motivata dallo scopo di evitare una piena corrispondenza delle somme per non esporsi ad un'eventuale azione revocatoria da parte del coniuge di S. M.); affermava dunque che non era configurabile un danno subito dagli attori, la cui domanda, oltre al rigetto, meritava la sanzione prevista dall'art. 96 c.p.c.

Alla predetta comparsa gli attori replicavano con memoria 30.10.2008 (notificata in pari data), con la quale:

contestavano l'eccezione di incompetenza territoriale avanzata da controparte, appellandosi all'inderogabilità del c.d. foro del consumatore, invocabile attenendo il rapporto dedotto in giudizio alla sfera personale degli attori;

riconoscevano come vera la circostanza della precedente proprietà del titolo in capo a S. M.;

sostenevano l'irrilevanza di detta circostanza e delle motivazioni del mutamento di titolarità realizzato con la complessiva operazione economica attuata, non essendosi realizzato un diretto trasferimento del titolo tra i familiari, bensì una vendita e un successivo acquisto intercorsi tra soggetti diversi;

precisavano che unico oggetto della controversia era la vendita del titolo da Banco di San Giorgio s.p.a. agli attori (cfr. pag. 7, righe 16-23 della memoria).

Banco di San Giorgio s.p.a. notificava (17.12.2008) a sua volta una seconda memoria difensiva.

Con comparsa notificata alle controparti il 16-17.12.2008 e depositata in Cancelleria il 19.12.2008, S. M. si costituiva in giudizio svolgendo intervento adesivo dipendente, con atto privo di reale contenuto assertivo, ma costituito dalla mera elencazione delle tesi sostenute dalle altre parti e dall'adesione a quella attorea.

Seguiva lo scambio di ulteriori memorie fino a quando in data 16.2.2009 gli attori notificavano istanza di fissazione udienza (depositata in cancelleria il 17.2.2009) e il giudice relatore, con decreto datato 5.3.2009, fissava per la discussione avanti al Collegio l'udienza del 9.6.2009, all'esito della quale la causa, istruita esclusivamente mediante le produzioni documentali, veniva trattenuta in decisione sulle conclusioni delle parti riportate in epigrafe.

Motivi della decisione

È infondata l'eccezione di incompetenza per territorio formulata da parte convenuta in quanto:

l'eccezione si fonda sulla clausola dei contratti (di deposito di strumenti finanziari a custodia e amministrazione e per il servizio di negoziazione titoli, doc. 6 di parte convenuta) intercorsi tra le parti che prevede, in relazione alle eventuali controversie tra le stesse, la competenza esclusiva del Tribunale di Brescia;

l'art. 33 co. 2 lett. u e l'art. 36 co. 1 del D.lvo n. 206/05, Codice del consumo, nei contratti conclusi tra consumatore e professionista, individuano come vessatorie fino a prova contraria, e in tal caso affette da nullità, le clausole che stabiliscono come sede del foro competente sulle controversie una località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore;

la persona fisica, che pur svolga attività imprenditoriale o professionale, deve essere considerata semplice "consumatore" allorché concluda un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività, dovendo al contrario essere considerata "professionista" nel caso in cui utilizzi il contratto nel quadro della propria attività imprenditoriale o professionale (in questo senso, tra le molte, cfr. Cass. n. 13377/07 e n. 4208/07); deve escludersi, alla luce della documentazione versata in atti, che gli attori abbiano stipulato i sopra ricordati contratti di deposito titoli e negoziazione in strumenti finanziari per uno scopo connesso all'esercizio di una qualche propria attività imprenditoriale o professionale, non risultando provato alcun collegamento del genere;

la qualifica di consumatori degli attori comporta la necessità di considerare, quale foro esclusivo ai fini della competenza territoriale, quello di residenza o domicilio elettivo dei predetti; entrambi gli attori risultano risiedere in Sestri Levante, con conseguente corretta individuazione del Tribunale di Chiavari quale foro competente ex art. 33 co. 2 lett. u D.lvo n. 206/05.

Ritiene il Collegio di dover rigettare la domanda attrice in considerazione del radicale difetto dei presupposti di applicabilità della normativa invocata dagli attori, attesa la particolarità della concreta fattispecie sottoposta a giudizio.

Va infatti considerato che:

risulta documentalmente che: a) fino a ottobre 2001 il titolo per cui è causa era depositato su conto di S. M.; b) l'1.10.2001 S. M. dava disposizione di vendita di detto titolo; c) in pari data gli attori ordinavano l'acquisto del medesimo titolo; d) nell'estratto conto di S. M. è annotato un movimento "in avere", relativo al corrispettivo della vendita dei titoli (€ 56.678,66) con valuta 4.10.2001: con valuta di pari data è annotato movimento "in dare", di importo sostanzialmente coincidente (€ 56.552,03), corrispondente a bonifico in favore degli attori; e) nell'estratto conto degli attori sono annotati, sempre con valuta 4.10.2001, movimento "in dare" (€ 56.921,23) per l'acquisto del titolo e - contestuale - movimento "in avere" (€ 56.522,03) per bonifico ricevuto da S. M.;

si evidenzia, quindi, la realizzazione di una coordinata operazione economica, della quale l'acquisto oggi "impugnato" dagli attori costituisce elemento, volta a realizzare non un'operazione di investimento bensì un semplice mutamento soggettivo nella titolarità dell'obbligazione per cui è causa, mutamento oltretutto verosimilmente connesso ad un *pac-tum fiduciae* intercorso tra gli attori e S. M.;

la normativa invocata dagli attori a fondamento della propria

domanda - attraverso l'imposizione al soggetto "forte" di articolati oneri di informazione nei confronti del soggetto "debole", così da consentire a quest'ultimo di effettuare le proprie scelte di investimento in modo consapevole - mira a tutelare i soggetti che interagiscono con operatori professionali nel campo dei servizi di investimento in strumenti finanziari e dunque presuppone il concreto realizzarsi di un'operazione di investimento, così che deve escludersi la possibilità di applicazione di detta normativa ove, come nel caso in esame, una tale operazione non sia stata realizzata. Devono pertanto rigettarsi le domande svolte dagli attori. Va parimenti rigettata la domanda svolta dalla banca convenuta ai sensi dell'art. 96 c.p.c., infondata nei presupposti di diritto e comunque in difetto di prova di sussistenza del danno. (... *Omissis*...)

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 25 marzo 2009, R.G. 10302/07 - Giudice Isola - FE. (Avv. Saturno) c. tu. (Avv. Ferrara).

OBBLIGAZIONI in genere - adempimento spontaneo del terzo - surroga - esclusione.**ARRICCHIMENTO senza causa - elementi - prova.**

Colui che ha adempiuto spontaneamente un obbligo altrui (pagamento del terzo ex art. 1180 c.c.) non si surroga al creditore né può agire in regresso contro il debitore.

Elementi costitutivi dell'azione generale di arricchimento senza causa sono, oltre il pregiudizio dell'attore, anche la correlazione tra i suddetti elementi. Essi vanno provati dall'attore, unitamente alla mancanza di giusta causa (dell'arricchimento) e alla sussidiarietà dell'azione.

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

L'attrice citava in giudizio il sig. TU., ex fidanzato e convivente della figlia, assumendo quanto segue:

- che il convenuto e la figlia avevano acquistato, usufruendo delle agevolazioni fiscali prima casa, l'immobile sito in Cer., via C.E.;

- che, avendo rivenduto tale immobile prima del quinquennio, l'Agenzia delle Entrate notificava loro un avviso di liquidazione dell'imposta e irrogazione delle sanzioni per un totale di Euro 4.626,12;

- che tale somma veniva interamente pagata dalla FE. attingendo ai fondi del proprio conto corrente;

- che con sentenza n. 3164 del 12.09.2006 del Tribunale di Genova i sigg.ri TU. e Po. erano stati condannati, in solido tra loro, a versare a Ma. e a Mu. la somma di Euro 5.164,46 oltre alle spese processuali liquidate in Euro 4496,17 e, pertanto, l'importo complessivo di Euro 11.000,00;

- che anche tale somma venne interamente pagata dalla FE. tramite assegni bancario tratto sulla banca San Paolo.

Tutto ciò premesso, avendo la attrice sostenuto spese gravanti su TU. e sulla figlia per complessivi Euro 15.646,12, la suddetta ha chiesto che il TU. venisse condannato a rinfonderle la metà ovvero la quota di propria "competenza".

Alla prima udienza, non essendo comparso nessuno per parte convenuta, ne veniva dichiarata la contumacia del TU.: venivano, quindi, ammessi i mezzi di prova dedotti dalla attrice ed alla udienza fissata per l'assunzione, il TU., costituitosi in giudizio, veniva sentito in interrogatorio formale. Il convenuto riconosceva che la FE. avesse effettuato i pa-

gamenti dedotti ma assumeva che nel corso della convivenza con Luciana Po. avesse sostenuto una serie di spese sia a favore della predetta, sia a favore della madre, odierna attrice e che, quindi, in ragione di ciò la FE. non avrebbe potuto pretendere alcunché.

Si procedeva, altresì, all'escussione del teste Emilio Po. essendo stata dichiarata la incapacità a testimoniare della sig.ra Ivana Po.; all'esito la causa veniva rinviata per la precisazione delle conclusioni e trattenuta in decisione previa concessione dei termini per il deposito delle difese conclusive.

Motivi della decisione

I fatti di causa sono piuttosto semplici e, fondamentalmente, non contestati: l'attrice ha pagato dei debiti del convenuto ed ha chiesto a quest'ultimo di essere rimborsata.

Tale domanda non può essere accolta per le motivazioni che più avanti verranno esposte dal momento che, preliminarmente, occorre identificare quale tipo di domanda sia stata esercitata. Come risaputo è potere-dovere del giudice di merito accertare e valutare il contenuto sostanziale della domanda, qualificando giuridicamente l'azione (in tal senso Cass. n. 12402/07, n. 15925/07, n. 14751/07, n. 21484/07). Nel nostro caso l'operazione non si presenta agevole in quanto l'attrice ha ommesso di esporre in citazione "gli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda" (come previsto dall'art. 164 n. 4 c.p.c.).

Si possono fare, allora, due diverse ipotesi: o l'attrice ha ritenuto che dall'eseguito pagamento nascesse un suo diritto di regresso verso l'effettivo debitore, ovvero nei confronti del convenuto (e, in tal caso, non si potrebbe attribuire un nomen iuris a tale azione perché, come vedremo, non esiste) oppure la FE. ha inteso esercitare un'azione di arricchimento senza causa, come si potrebbe desumere dal fatto che, sia pure solo in sede di comparsa conclusionale, è stato fatto cenno all'art. 2041 c.c.

Partendo dall'esame del primo caso bisogna, anzitutto, dire che "il pagamento del terzo" (art. 1180 c.c.) non autorizza il terzo medesimo a rivalersi verso il debitore originario. Già da tempo la giurisprudenza riteneva che "colui che ha adempiuto spontaneamente un obbligo altrui non si surroga al creditore né può agire in regresso contro il debitore" (Cass. 20 luglio 1976 n. 2872; nonché, sia pure in una fattispecie particolare, Cass. 1 agosto 2002 n. 11417). Più di recente la Suprema Corte (sent. 8 novembre 2007 n. 23292) ha spiegato il principio appena riportato "la disposizione dell'art. 1180 c.c. prevede per il caso in cui il creditore non abbia interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione che questa possa essere adempiuta dal terzo e ciò può avvenire anche nel caso in cui il creditore non voglia siffatto adempimento. Ma questa norma, che è inclusa nella sezione dedicata all'adempimento in generale delle obbligazioni, ha lo scopo di sancire l'effetto solutorio dell'adempimento che può essere rifiutato dal creditore solo nel caso in cui il debitore gli abbia manifestato la sua opposizione. Essa, invece, non disciplina affatto...i rapporti tra il debitore ed il terzo solutore. Nel senso che il terzo, per avere titolo d'azione nei confronti del debitore, deve far riferimento al rapporto diretto tra loro intercorrente". Alla luce dei principi sopra espressi è evidente che, nell'ipotesi in cui la FE. abbia voluto agire contro il convenuto-debitore in via di regresso solo allegando il fatto del pagamento del terzo, la sua domanda va senz'altro respinta.

Si può quindi passare alla valutazione delle seconda ipotesi, ovvero quella secondo cui la attrice avrebbe voluto far valere l'"arricchimento senza causa" conseguito dal convenuto essendosi questi liberato, senza alcun esborso, di due debiti. Eb-

bene se così è, si deve rilevare che l'attrice non ha assolto l'onere probatorio su di lei gravante e ciò comporta, ovviamente, la reiezione della sua domanda. E', infatti, evidente che "chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento" (art. 2697 c.c.). Meno sinteticamente si può affermare che chiunque chieda l'attuazione della legge in relazione a un diritto che faccia valere deve provare il fatto giuridico da cui discende il preteso diritto e, quindi, tutti gli elementi o requisiti di legge necessari alla nascita dello stesso e che costituiscono le condizioni positive della pretesa (Cass. n. 2663/80 e n. 2042/74). Elementi essenziali dell'azione di arricchimento senza causa sono l'arricchimento di un soggetto, la diminuzione patrimoniale di un altro, collegati da un nesso di causalità, la mancanza di una causa giustificatrice dell'arricchimento e della perdita (Cass. S.U. n. 183/63, conf. n. 6664/81, 5236/83, 1753/87, 11454/03, 7627/02) e la Suprema Corte ha affermato chiaramente che "l'azione generale di arricchimento senza causa di cui all'art. 2041 c.c., amovera tra i suoi elementi costitutivi, oltre al pregiudizio dell'attore ed all'arricchimento dell'obbligato, anche la correlazione tra i suddetti due elementi ed, inoltre, la mancanza di una giusta causa e la sussidiarietà. Ove uno solo di questi elementi venga meno... l'azione non può essere fondata intrapresa" (Cass. 12700/07).

Nel caso che ci occupa è pacifico sia l'arricchimento del convenuto, sia la diminuzione patrimoniale dell'attrice (ammessi dal convenuto medesimo in sede di interrogatorio formale) ma la FE. non ha provato, e nemmeno affermato, che essi si sono verificati "sine causa". È evidente che occorre dimostrare una circostanza negativa, l'inesistenza di una motivazione ma, come ha notato la Suprema Corte (Cass. 13 dicembre 2004 n.23229 in Foro.it 2006, pag. 3130), la norma dell'art. 2697 c.c. non prevede eccezioni "e pertanto non soffre deroga nel caso in cui, secondo il principio in essa fissato, il fatto che si ha l'onere di provare sia negativo e, cioè, allorché si assuma che esso non sia avvenuto". Più di recente si è sostenuto che "la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude, né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo" (Cass. n. 384/07; n. 18487/03; n. 5427/02; n. 9385/00, n. 6050/98). Dottrina e giurisprudenza non si nascondono che chi deve provare un fatto negativo si trovi di fronte ad un compito difficoltoso, ma si ripete che "l'obiettivo difficoltà, in cui si trovi la parte, di fornire la prova del fatto costitutivo del diritto vantato, non può condurre ad una diversa ripartizione del relativo onere della prova, che grava, comunque, su di essa" (Cass. 17702/05).

E', però, costante in giurisprudenza l'affermazione che "non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto negativo, la relativa prova può essere data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario o anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo" (da ultimo Cass. n. 384/07 e n. 1200/07). Si noti che, di fronte a tale onere dell'attore, non sta alcun obbligo probatorio del convenuto infatti "ai sensi dell'art. 2697 c.c. l'onere della prova relativo ai fatti costitutivi del diritto per cui si agisce grava sull'attore, laddove l'onere del convenuto di dimostrare l'inefficacia dei fatti invocati dalla controparte sorge esclusivamente dopo che l'attore ha provato l'esistenza dei fatti costitutivi" (Cass. n. 13390/07). Nella presente causa l'attrice non ha neppure tentato di dare prova della inesistenza della causa ed è qui il caso di rilevare che la di essa affermazione che il convenuto avrebbe "confessato" il proprio debito non è corretta: non solo perché la confessione (art. 2730 c.c.) riguarda "fatti" e non rapporti giuridici (il debito, il credito), ma perché

il convenuto si è limitato ad ammettere l' "avvenuto pagamento del terzo" - ovvero della FE. - che, di per sé, come si è visto, non fa nascere, nel terzo, alcun diritto di regresso.

In conclusione, quindi, sulla base di quanto sopra esposto, la domanda di parte attrice non merita accoglimento: sussistono, però, anche considerata la natura della controversia nonché gli interscambiati rapporti tra le parti, giusti motivi per compensare integralmente le spese di giudizio.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza, azione ed eccezione respinta, così decide:

- respinge la domanda di parte attrice;
- compensa integralmente le spese (...*Omissis*...)

Tribunale di Albenga, 1 aprile 2009 – Giudice Unico Princiotta – Canepa (Avv. Carminati) c. Amarino (Avv. Diotti).

RESPONSABILITÀ civile – danno cagionato da animale – presunzione di responsabilità a carico del proprietario – sussiste.

(Art. 2052 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile – danno cagionato da animale – accertamento del nesso di causalità tra fatto dell'animale ed evento di danno – necessità.

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

DANNO (risarcimento del) – danno cagionato da animale – condotta colposa del proprietario – lesioni – danno morale – risarcibilità.

(Artt. 2056 e 2059 c.c.)

In caso di danno causato da animale, a carico del proprietario è posta la presunzione di responsabilità ai sensi dell'art. 2052 c.c. (1)

Nel caso di danno cagionato da animale e per l'applicazione della norma sulla presunzione di responsabilità del proprietario, è comunque necessaria la sussistenza del nesso di causalità tra il fatto dell'animale e l'evento dannoso. (2)

Per quanto riguarda il risarcimento dei danni causati dal comportamento dell'animale, la condotta colposa del proprietario integra il delitto di lesioni, per cui va risarcito il danno morale subito dal danneggiato. (3)

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

Con atto di citazione notificato il 13\12\2001, Emilia Canepa conveniva in giudizio Marina Amarino e chiedeva il risarcimento di tutti i danni ingiusti patiti in conseguenza dell'evento dannoso l' 8 maggio 2001 quando il cane della convenuta le era saltato addosso procurandole gravi lesioni. Instauratosi regolarmente il contraddittorio, la convenuta contestava la propria legittimazione passiva e, nel merito, la domanda.

Il giudizio veniva istruito con l' audizione di un teste e l' esecuzione di una C.T.U. affidata al dr. Borghini.

Nel corso del giudizio a seguito del decesso dell' avvocato Luca Vecchiato, difensore della convenuta, il processo veniva interrotto.

Riassunto il processo, il 3 aprile 2008 le parti precisavano le conclusioni come sopra indicato e la causa era posta in decisione.

Per un disguido di cancelleria, come risulta dalla annotazione

resa dal cancelliere sul fascicolo, la causa era trasmessa al giudice istruttore per la redazione della sentenza solo in data 2/2/2009 (cfr. annotazione resa direttamente sul fascicolo dal cancelliere Anna Maria Vignola)

Motivi della decisione

I.- La domanda è meritevole di accoglimento dovendosi ritenere provata la responsabilità della convenuta in relazione al sinistro subito dall' attrice.

Quest' ultima, invero, è stata buttata a terra dal cane pacificamente di proprietà della convenuta (e, comunque, al momento del fatto in custodia da parte della figlia della convenuta) con tutte le conseguenze previste dalla legge.

L'articolo 2052 c.c., infatti, dispone la presunzione di responsabilità previo accertamento del nesso di causalità tra il fatto dell' animale e l' evento dannoso.

La responsabilità della convenuta, quindi, risulta provata in base alla deposizione resa dal teste Michele Pucci che, sopraggiunto nell' immediatezza dell' danno per cui è causa, ha attendibilmente dichiarato di avere rinvenuto l' attrice dolente a terra con il cane della convenuta che le girava intorno, che voleva giocare e non aveva né la museruola e non era tenuto al guinzaglio dalla figlia della convenuta.

II.- Appurata responsabilità della convenuta nella determinazione dell' evento dannoso, consegue il diritto al risarcimento dei danni di natura patrimoniale, biologico e morale; quest' ultimo perché la condotta colposa in esame, integra anche il delitto di lesioni.

Con riferimento all' entità del danno biologico, il C.T.U. ha riscontrato che in seguito al fatto l' attrice ha riportato la frattura per trocanterica del femore destro considerando tale lesione congrua e coerente con la riferita cinetica dell' evento lesivo.

Il consulente ha, quindi, accertato, a carico della Canepa una invalidità temporanea totale di gg.75 e parziale di gg.40), nonché postumi permanenti nella misura del 14%. Trattandosi di soggetto che al momento dell'incidente aveva 85 anni compiuti, il danno da invalidità permanente (calcolato in base al valore tabellare corrispondente a 86 anni) ammonta ad €18.221,70 (€1.301,55 a punto). Il danno da invalidità temporanea totale ammonta ad €65,00 al giorno, per un totale di €4.875,00. Il danno da invalidità temporanea parziale è pari ad €1.300,00. Il danno morale deve essere liquidato in €6.073,90 per invalidità permanente, €1936,5 per invalidità temporanea totale, €516,4 per invalidità temporanea parziale. Deve essere inoltre liquidata la somma di €826,33 a titolo di danno morale per l' intervento chirurgico subito in conseguenza del fatto nonchè la somma di €284,02 a titolo di danno morale per ricovero.

In totale il danno ammonta, ai valori attuali della moneta, ad €34.033,85.

Le S.U. della Corte di Cassazione, nella sentenza n.1712 del 17/2/1995, cui si è conformata tutta la giurisprudenza successiva, hanno escluso la possibilità di procedere, nella determinazione del danno da illecito extracontrattuale, all' applicazione dell' interesse legale sulla somma rivalutata o liquidata ai valori monetari correnti alla data della sentenza; la Corte, nella sentenza citata, ha espresso il principio secondo cui 'se la liquidazione viene effettuata per equivalente, e cioè con riferimento al valore del bene perduto dal danneggiato all'epoca del fatto illecito, espresso poi in termini monetari che tengano conto della svalutazione monetaria intervenuta fino alla data della decisione definitiva (anche in sede di rinvio), è dovuto inoltre il danno da ritardo e cioè il lucro cessante provocato dal ritardato pagamento della suddetta somma, che deve essere provato dal

creditore. La prova può essere data e riconosciuta dal giudice mediante criteri presuntivi ed equitativi e quindi anche mediante l'attribuzione degli interessi, ad un tasso stabilito valutando tutte le circostanze obiettive e soggettive inerenti alla prova del pregiudizio subito per il mancato godimento - nel tempo - del bene o del suo equivalente in denaro'. È quindi possibile determinare gli interessi 'con riferimento ai singoli momenti (da stabilirsi in concreto, secondo le circostanze del caso) con riguardo ai quali la somma equivalente al bene perduto si incrementa nominalmente, in base ai prescelti indici di rivalutazione monetaria, ovvero in base ad un indice medio'. Applicati gli esposti principi al caso di specie il lucro cessante, calcolato applicando l'interesse legale sul capitale rivalutato trimestralmente, ammonta ad € 6.627,10, per un totale di € 40.660,95

Su tale importo sono dovuti gli interessi legali decorrenti dalla data odierna al saldo.

III.- Le spese processuali seguono il principio della soccombenza e vanno liquidate come indicato in dispositivo.

Parimenti, le spese di consulenza, già liquidate nel corso del giudizio con separato provvedimento vanno poste definitivamente a carico della convenuta.

P.Q.M.

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

1.- condanna la convenuta Marino Amarina al pagamento a favore dell'attrice di € 40.660,95 con gli interessi legali decorrenti dalla data odierna al saldo;

2.- condanna la convenuta al pagamento delle spese processuali che, in favore dell'attrice, liquida complessivamente in € 43,58 per anticipazioni, € 1900 per diritti ed € 3000 per onorario, oltre rimborso forfetario nella misura dovuta, Iva e cpa come per legge;

3.- pone le spese di consulenza tecnica di ufficio, già liquidate nel corso del giudizio con separato provvedimento, definitivamente a carico della convenuta (...*Omissis*...)

(1-3) Sommarie considerazioni sulla responsabilità del proprietario di animali ex art. 2052 c.c. come responsabilità oggettiva.

Sommario: 1. *Il caso e la sua soluzione.* - 2. *La responsabilità oggettiva. L'art 2052 c.c. e la responsabilità del proprietario di animali.* - 3. *Il nesso di causalità.* - 4. *Il risarcimento del danno per fatto dell'animale: il danno morale.* - 5. *Postilla sulla normativa in materia di animali con un addendum di dottrina.*

1. Il caso e la sua soluzione.

Un cane, forse troppo giocherellone o forse troppo aggressivo, provoca la caduta a terra di un'anziana signora e procurandole serie lesioni; il giudice investito della questione, in applicazione dell'art 2052 c. c., condanna la proprietaria dell'animale al risarcimento del danno, ivi compreso il danno morale, in quanto il comportamento omissivo e/o negligente della proprietaria del cane (anche se l'animale era momentaneamente in detenzione della figlia della stessa), privo di museruola e non tenuto al guinzaglio, andava ad integrare il reato di lesioni colpose. Nella sentenza qui annotata, il giudicante applica alla fattispecie concreta la norma di cui all'art 2052 c.c. (senza far espressamente riferimento alla nozione di re-

sponsabilità oggettiva), ma richiamando esplicitamente la presunzione di responsabilità ivi contenuta e, allora, si sarebbe in presenza di una sorta di presunzione iuris et de iure, in quanto la prova del "caso fortuito" rileva solo su di un diverso piano rispetto alla eventuale condotta colposa (e alla responsabilità) del proprietario (o dell'utilizzatore) dell'animale e, cioè, unicamente per quanto attiene al rapporto eziologico tra il fatto dell'animale e l'evento, il che assimila il fatto giudicato a situazione da ricondursi nell'ambito della c. d. responsabilità oggettiva. Viene, quindi, posto, sostanzialmente, a base della decisione, l'accertamento del semplice nesso di causalità tra il fatto - comportamento dell'animale e l'evento, ricavandolo da una sorta di *consecutio temporis*, nella descrizione (racconto) dei fatti, come riferiti dal teste che aveva assistito agli eventi di causa. La decisione è fondata, in sostanza, o su una presunzione iuris et de iure o sul più ampio concetto, forse non del tutto coincidente con il primo, di responsabilità oggettiva (un conto è il piano processuale ed un altro il piano sostanziale), e mette in evidenza, altresì, una negligenza o comportamento omissivo della proprietaria del cane (il che verrebbe ad essere un inciso non strettamente necessario ai fini decisori, vista la "applicazione rigida", a questo punto, della norma di cui all'art. 2052 c. c., espressamente richiamata in parte motiva della decisione). Forse si tratta di una sorta di *dictum obiter* o di un "artificio retorico" a giustificazione del giudiziale discorso in tema di responsabilità; in definitiva un discorso "rafforzativo" che, però, permette al Tribunale di Albenga di pervenire alla condanna (e quindi senza discrasie logico - giuridiche) della convenuta proprietaria, anche al danno morale, ravvisandosi un'ipotesi di lesioni colpose (per colpa omissiva da negligenza ed imprudenza della proprietaria del cane) e mantenendo una interpretazione "stretta" del discorso (disposto) dell'art. 2059 c.c. In sintesi, nel caso in esame, viene esattamente applicato l'art. 2052 c.c., ma svolgendo un accertamento e una valutazione (anche) sulla condotta colposa della proprietaria (e, quindi, con conseguente responsabilità della stessa a tale titolo). Le conseguenze risarcitorie sono, pertanto, indicate anche con riferimento alla liquidazione del danno morale, sussistendo, a seguito delle padronale negligenza, il possibile reato di lesioni colpose (colpa omissiva). Quello che sin d'ora preme sottolineare è che il giudice ha, peraltro, ritenuto di poter fondare il proprio convincimento sul fondamentale presupposto dell'esistenza del nesso di causalità tra il fatto dell'animale e l'evento di danno. Nella specie, è stata, altresì, evidenziata la mancanza di sussistenza di una qualsivoglia interruzione o sviamento del nesso causale tra il comportamento dell'animale e l'evento, o, meglio, l'interruzione del nesso eziologico (che potrebbe intervenire anche per fatto di terzo o del danneggiato stesso) e ciò per escludere l'esistenza di qualsivoglia tipologia di caso fortuito (escludendosi il quale viene a sussistere l'ipotesi di responsabilità - oggettiva - prevista dall'art. 2052 c.c.). In parole povere, il rapporto di causalità tra fatto ed evento è condizione necessaria e sufficiente per l'applicazione della norma. Per completezza, se un rilievo si può fare sulla sentenza annotata, si dovrebbe solo dire che il giudicante si è basato su una sorta di doppio binario: e, cioè, quello della colpa e quello della responsabilità oggettiva, il che potrebbe anche risultare ultroneo, visto che nella specie nessuna prova è stata data in ordine al caso fortuito (del tipo fatto del danneggiato o di terzo); come già detto, però, forse l'estensore della sentenza ha (anche) incentrato l'attenzione sulle conseguenze risarcitorie del fatto e, in particolare, sulla (riconosciuta) risarcibilità del danno morale.

2. La responsabilità oggettiva. L'art. 2052 c.c. e la responsabilità del proprietario di animali.

Si deve, prima di tutto, precisare che, nonostante l'intitolazione (che forse potrebbe troppo spaventare l'incauto lettore), la presente nota di commento alla sentenza del Tribunale di Albenga del 1 aprile 2009, è poco più di una normale e consueta nota redazionale; si è voluto solo evidenziare e far rilevare, cioè, come un istituto giuridico fino a non moltissimo tempo fa tenuto in una situazione di marginalità (o di minorità) e, appunto, la responsabilità c.d. oggettiva, venga ad assumere, in concreto, ed in un notevolmente esteso contesto, sempre più ampia importanza e rilevanza. (1) Le osservazioni e le indicazioni in appresso, quindi, sono (e vogliono essere), solo argomenti (anche se abbastanza banali e consueti) nonché spunti per possibili approfondimenti del problema "responsabilità oggettiva" che, si spera, possano trovare qualche migliore eco, magari anche sulle pagine di questa stessa Rivista.

Si può notare al riguardo, anche nella corrente ed usuale giurisprudenza (per tacere della dottrina), come sempre di più venga ad essere usato (ed adoperato) in modo esplicito od implicito, il concetto espresso dal brocardo *cuis commoda et ibi incommoda*, che è di trasversale supporto alle decisioni giurisprudenziali in materia di responsabilità oggettiva (o, al limite, in materie, per così dire, di confine) e, ad esempio, in tema di responsabilità del proprietario di animali (appunto!), per l'esercizio di attività pericolose, per la responsabilità padronale, del genitore o tutore (anche se con difficoltà esegetiche per l'interpretazione, in tal senso, della norma), per la rovina o crollo di edifici, per la responsabilità da cose in custodia, in tema di obbligazioni di risultato, in tema della cosiddetta "responsabilità sociale o solidale" (anche se, codesto, è argomento molto dibattuto), e, in particolare, di violazione degli obblighi da "responsabilità sociale di impresa" (concetto innovativo e, peraltro, molto problematico, sviluppato verso la fine del secolo scorso da Freeman), di responsabilità del produttore, di responsabilità da rischio in genere, etc. (2) E proprio per le molteplici (e mutevoli) forme di tale tipo di responsabilità (e che talvolta non sono forme del tutto "belle e armoniose"), si è, infatti, da qualche decennio, potuto anche constatare un sempre più vivo interesse da parte dei giuristi (ed a vari livelli), per la materia. (3) In particolare, e con riguardo alla presente nota, vista la sempre maggiore abitudine e/o consuetudine a tenere o a detenere o a man - tenere animali, anche di affezione e non solo gli usuali animali da guardia (si veda il cane da guardia o da cortile, che possedevano quasi tutti i nuclei familiari contadini italiani, fino a qualche decennio fa), da parte delle famiglie (e, a maggior ragione, da parte dei singles), il problema (o i problemi) che pone l'art. 2052 c.c. merita (no) almeno interesse, attenzione ed ascolto ed inquadrando per completezza (e/o per necessità), l'argomento nel più ampio scenario che le parole "responsabilità oggettiva" evocano e che si staglia sullo sfondo del gran teatro del mondo della responsabilità giuridica, talvolta, forse, anche con aspetti (e forme) inquietanti. Certo il giurista, in specie continentale, abituato alle certezze (o incertezze), dello stato di diritto e al principio che non esiste responsabilità da illecito senza che sussista colpa (*nullum illicitum sine culpa*) ed alla massima *qui iure suo utitur neminem laedit*, può (forse) rimanere sorpreso dai risultati della ricerca sull'argomento e in cui si sia, anche casualmente, avventurato; ma ci si può chiedere, almeno in sede di un primo e sommario livello di lettura del contesto della responsabilità oggettiva: i principi teorici sono sempre e

comunque validi? O deve, necessariamente, essere così? E poi, come si è visto sopra, esempi di responsabilità oggettiva o semi - oggettiva ovvero da rischio e da evento, si potrebbero reperire agevolmente nel nostro ordinamento, e. g. in base alle norme degli artt. 2048 (forse, e con tutte le riserve del caso), 2049, 2050, 2051, 2053 c.c. e (anche se parzialmente) dell'art. 2054 c.c. e, almeno come sistema generale, nelle norme che regolano la materia dell'assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore, in alcune casistiche di obbligazioni di risultato, in materia ambientale, in ipotesi di responsabilità da rischio e, comunque, in ipotesi che hanno di per sé stesse ampia rilevanza sul piano socio - economico, per tacere dell'art. 2052 c. c., appunto. Visto il carattere di semplice commento della presente nota, in questa sede si vuole solo portare all'attenzione del lettore (e sommariamente) alcune problematiche legate al concetto (istituto?) della responsabilità oggettiva e segnalare il "caso di coscienza" (o di "falsa coscienza") che tale peculiare istituto viene a porre, talvolta, al giurista, che, da un lato, è affascinato dalle possibilità labirintiche ed infinite (4) di applicazioni in concreto (quasi in corpore vili) ed a situazioni estremamente variate e dalla possibilità di soluzioni eque ed effettivamente risarcitorie, mentre, dall'altro lato, sa che la strada degli inferni (giuridici) è lastricata di buone intenzioni (giuridiche). Ed ancora, da un altro lato, il giurista contemporaneo sa di trattare con una materia che contrasterebbe con il principio informatore di tutta una *Weltanschauung* (e, in particolare, di tutta la "grande narrazione" giuridica razionalistico - illuminista) del diritto e cioè l'inesistenza di illecito extracontrattuale, salvo ipotizzare (come d'altronde è anche stato fatto) atti leciti cui consegue responsabilità risarcitoria, se non sussiste l'elemento soggettivo della colpa. Come si è già detto, ci si trova di fronte a "materia", che, talvolta, i giuristi, invece di esaminare e cercare di risolvere con senso (ed assunzione) di responsabilità, si limitano, invece, ad occultare o a tralasciare o a nascondere. Si precisa che per evitare le conseguenze risarcitorie in caso di responsabilità oggettiva, si deve fare riferimento a situazioni che interrompano il nesso di causalità tra comportamento (o atto o fatto) e l'evento; (5) talvolta, in casi estremi, come fanno i giuristi anglosassoni, occorre riferirsi agli *Acts of God*: (6) si deve infatti evocare o fare riferimento all'interruzione della legge logico - fisica del nesso causale tra il fatto (atto o comportamento) e l'evento e, quindi, ad un qualcosa che "spiazzi" il nesso (o sciolga il nodo) della causalità e, pertanto, come nel caso dell'art. 2052 c.c., l'evocazione (e/o l'invocazione) di quella "entità giuridica" che è il "caso fortuito" o, in altre ipotesi, la "forza maggiore" o espressioni analoghe.

Si noti, incidenter, che, nel diritto antico e, in particolare, nel diritto del Vicino Oriente, la regola era piuttosto quella della responsabilità oggettiva e non quella della responsabilità individuale. Il Liverani nella sua opera storica sull'Antico Testamento, "Oltre la Bibbia", (7) ritiene che nel mondo dell'Antico Oriente e di Israele esistesse un ampio campo di applicazione della responsabilità oggettiva (o corporativa, come viene anche chiamata), sia in senso orizzontale, che rende responsabili di un delitto (illecito) non solo gli autori in senso individuale, ma anche le di loro famiglie e le più ampie comunità locali di appartenenza, sia in senso verticale (o generazionale), per cui i figli sarebbero responsabili delle colpe dei padri "fino alla settima generazione", e ciò in stretto collegamento con le norme di trasmissione, di tipo ereditario, della proprietà. (8) L'autore, sul punto cita un testo proveniente da Alalakh (9) che così recita: "Se (lo schiavo fuggitivo) non si trova, il sindaco e cinque anziani dichiareranno

sotto giuramento: 'Il vostro schiavo non vive fra noi e non lo nascondiamo'. Se non accettano di giurare dovranno consegnare lo schiavo. Se giurano e poi si scopre che lo schiavo era tra loro, essi sono (considerati) ladri: gli si taglieranno le mani e pagheranno 6000 sicli al Palazzo". (10)

Per evitare di rimanere nell'ambito di una sorta di archeologia giuridica (e che, come tale, può anche essere di scarso interesse per il giurista pratico) e, quindi, saltando in avanti di più di tremila anni possiamo vedere come, nell'ambito di una teorizzazione, sintetica, ma estremamente efficace, del concetto di responsabilità oggettiva, già negli anni '80 del secolo scorso, Gavazzi faceva presente che quando si parla di responsabilità oggettiva, non si potrebbe parlare, in tali ipotesi, di illecito, in quanto si tratterebbe di una sorta di responsabilità per evento, e ciò indipendentemente dal fatto che gli eventi siano causati o meno dalla condotta della persona che deve risponderne e, pertanto, mancherebbe sia la colpevolezza riguardo all'evento, sia la coscienza e la volontarietà dell'azione ed, allora, la responsabilità oggettiva dovrebbe essere ravvisata nel principio dell'assunzione del rischio. Secondo l'autore tale forma di responsabilità può essere ritenuta tanto un residuo di "concezioni primitive e irrazionali", quanto "un necessario progresso richiesto dall'evoluzione sociale contemporanea". (11) Ad avviso di chi scrive, però, una concezione non escluderebbe necessariamente l'altra; peraltro, si può agevolmente concordare sul fatto che non mantiene molto significato, nelle ipotesi di responsabilità oggettiva, parlare di obblighi o di violazione degli stessi. Si ritiene, inoltre, per quanto riguarda la contemporanea dottrina (anche se non recentissima), basilare e fondamentale, in punto responsabilità oggettiva, l'analisi di Alpa sulla responsabilità civile; ricordava l'autore in un lavoro già apparso nel 1987, come la letteratura giuridica del 1800 accettasse in linea generale il principio che nessuna responsabilità poteva esservi senza l'elemento della colpa, mentre le regole diverse venivano (attraverso finzioni) ricondotte al concetto di colpa o a residui di pensiero di tipo primitivo; sottolineava l'autore come, però, detto principio venisse poi superato in via legislativa in vari ordinamenti e sistemi giuridici e come, magari in contrasto con la stretta lettera (lettura) del nostro codice civile del 1942, la dottrina e la giurisprudenza avevano cercato (ed a volte riuscendovi) di rinnovare le tendenze della tradizione e di estendere sempre di più le regole della responsabilità oggettiva o forse, meglio, della responsabilità da rischio, prima confinate in ipotesi eccezionali o marginali ed altresì sottolineando ed evidenziando l'intervenuto passaggio da sistemi basati sulla colpa a quelli basati sulla responsabilità senza colpa. L'analisi alpiana sottolineava, ancora, come i sistemi dottrinali (e talvolta giurisprudenziali), che incentravano l'attenzione sulla responsabilità oggettiva, avevano il comune fondamento teorico nel fatto che il sistema di responsabilità fondato sulla colpa non funzionasse in "modo adeguato" e, da ciò, la necessità o di trovare nei criteri di responsabilità oggettiva i sistemi o i "principi - base" di distribuzione del rischio o di reperire adeguate tutele, in base ai principi della solidarietà sociale, per le vittime dei danni ovvero di riconoscere che le regole, espresse od inesprese, della responsabilità oggettiva erano (e sono) una risposta che i sistemi sociali a "capitalismo maturo" dovevano (devono) o potevano (possono) dare ai problemi del risarcimento di quelli che l'autore definisce "pregiudizi" (situazioni di danno), particolarmente dovuti alle attività imprenditoriali, in specie di tipo industriale. Non è chi non veda come tali riflessioni siano più che mai attuali. Ovviamente, comunque, le trasformazioni economico - giuridiche relative al periodo del "capitalismo maturo" e le nuove "forme" e gli aspetti di tale

realtà economico - sociale, non sono sfuggite ai giuristi più attenti alle nuove realtà ed alle esigenze del "capitalismo tardo" ed alle sue istanze emergenziali. Tanto per fare un esempio, si richiamano le riflessioni di Irti su tali trasformazioni e modifiche che il nuovo mercato (mondiale) viene ad apportare anche agli istituti giuridici tradizionali, riflessioni che inducono (ed introducono) ad una rivisitazione profonda di concetti, che parevano acquisiti. Scrive a tale proposito l'autore: "La produzione in serie, l'immane potere delle imprese (che si alliano e concentrano), il gregarismo psicologico delle masse: sono fattori storici da cui gli originari caratteri" degli istituti giuridici "escono alterati e travolti". La concentrazione delle imprese produce la "spersonalizzazione degli scambi. Sono profili che si tengono e spiegano vicendevolmente: declino del libero trattare, artificialità dei bisogni, meccanica uniformità dei rapporti economici" (vedi: Irti, Il significato giuridico, in Società civile, Milano, 1992, 125 - 127). Peraltro, per indicazioni più recenti sull'orientamento dottrinale in materia e in relazione allo attuale, relativamente ampio, campo di applicazione del concetto di responsabilità oggettiva, si richiama l'excursus (sintetico ma esauriente), sulla ultima dottrina, di Veronico: la migliore impostazione del problema sarebbe, allora, quella di ritenere sussistenti una pluralità di criteri di imputazione dell'illecito e di cui il criterio della colpa potrebbe essere un criterio generale, ma in concorrenza con altri criteri, tra cui quello della responsabilità oggettiva, le cui applicazioni sono divenute sempre più generali e pertanto, potendosi affermare che, accanto alla regola generale ex art. 2043 c. c., sussistono nel nostro sistema giuridico situazioni (o ipotesi) specifiche che prescindono dall'esistenza della colpa in capo al soggetto su cui ricade, in definitiva, la responsabilità risarcitoria. Anche dal punto di vista del diritto comparato, l'esame di sistemi giuridici, sorti con caratteristiche diverse, ad esempio quelli di common law e di civil law, induce a ritenere che negli ordinamenti giuridici odierni e contemporanei si stia attuando una sempre maggiore diffusione di ipotesi risarcitorie basate sulla responsabilità oggettiva e di "forme" risarcitorie in tal senso. (12)

Circa la giurisprudenza in materia e solo per un sommario approccio alla questione, si può notare un percorso evolutivo, nel senso che si parte da una prima giurisprudenza che cerca di far rientrare anche le ipotesi di possibile responsabilità oggettiva in situazioni di esistenza di colpa, anche in senso molto lato, del soggetto e, successivamente, per basare le pronunce in subjecta materia attraverso varie considerazioni sull'inversione dell'onere della prova e per pervenire, in ultimo, a pronunciamenti che fanno espresso riferimento al concetto (o al criterio) della responsabilità oggettiva. Per la giurisprudenza più recente si può citare, in merito: A. Firenze, sez. II, 8 aprile 2009 per il riconoscimento della responsabilità oggettiva derivante da prodotti difettosi; A. Firenze, sez. I, 22 aprile 2009, per la responsabilità oggettiva dell'utente del lastrico solare di edificio; A. Roma, sez. I, 13 luglio 2009, in tema di responsabilità oggettiva per beni demaniali in custodia della P.A.; T. Salerno 22 luglio 2009, per la responsabilità oggettiva del condominio ex art. 2051 c. c.; T. Salerno, sez. II, 12 dicembre 2008, sempre per responsabilità oggettiva per danni causati a terzi a seguito di caduta di manufatto non correttamente installato e T. Bari, sez. III, 15 gennaio 2009, proprio in tema di responsabilità oggettiva ex art. 2052 c. c.; per la giurisprudenza di legittimità si segnalano, anche in quanto recenti, le seguenti pronunce: Cass. civ. sez. I, 4 febbraio 2009, n. 2711, che, anche se obiter dictum, individua un'ipotesi di responsabilità oggettiva societaria fondata sull'accettazione del rischio di impresa

e Cass. civ., sez. III, 5 dicembre 2008, n. 28811, che ritiene sussistere la responsabilità oggettiva a carico del custode, per danni cagionati dalla cosa in custodia. (13)

È poi appena il caso di dire, anche perché cosa abbastanza ovvia, che talvolta è difficile rintracciare l'esatto o preciso "discrimine di confine" tra il concetto di responsabilità, inteso in senso tradizionale o nel senso di responsabilità oggettiva e determinare, pertanto, se ci si trovi di fronte a situazioni in cui prevalga la valutazione della responsabilità in base alla colpa ovvero in base ad altri criteri: valga, a titolo di esempio, quanto statuito in tema di responsabilità medica dalla Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10743 (in *Altalex Massimario*, n. 40/2009), in cui pur essendo stata disconosciuta nella fattispecie una responsabilità del sanitario, era stata ritenuta configurabile una responsabilità autonoma e diretta della struttura ospedaliera per l'accertata insufficienza "delle apparecchiature a disposizione" della struttura stessa al fine di poter affrontare possibili emergenze; più che ad una responsabilità omissiva parrebbe qui che ci si trovi di fronte ad una sorta di responsabilità per rischio di impresa (sanitaria) o per rischio conseguente all'esercizio di attività in re ipsa pericolosa. Quale conclusione in punto responsabilità oggettiva si possono allora richiamare le considerazioni di Zeno – Zencovich, per il quale gli ordinamenti giuridici contemporanei contengono a tutta evidenza molteplici ipotesi di responsabilità, ad esempio per il fatto della cosa, dell'animale o del dipendente "nelle quali è obiettivamente difficile cogliere una relazione causale, se non molto sbiadita, fra l'evento dannoso e la colpa in vigilando o in eligendo del responsabile" (Zeno – Zencovich, *La responsabilità civile*, in *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Nuova ed., Roma – Bari, 2004, 302).

Venendo all'esame della tipologia di responsabilità del proprietario di animali, l'art. 2052 c.c. dispone, al riguardo, che il proprietario o chi usa di un animale risponde dei danni dallo stesso causati, salvo la prova del fatto o caso fortuito. È questa una ipotesi, chiaramente evidenziata in dottrina e, in oggi, altresì, dalla corrente giurisprudenza, di responsabilità oggettiva: anzi, della forse più antica forma di responsabilità oggettiva, risalente, per quanto riguarda la tradizione giuridica occidentale, addirittura alla legge delle XII Tavole, per tacere della tradizione giuridica ebraico – orientale, in quanto cenni a tale tipo di responsabilità, si ritrovano nei libri che compongono il Pentateuco (la Torah, in ebraico). (14) La giustificazione che anche i moderni interpreti danno di tale categoria esegetico – normativa è, poi, a ben vedere, molto antica; si basa infatti sul principio cuius commoda et eius incommoda: peraltro si potrebbe forse ipotizzare che il fondamento profondo di tale tipo di illecito (e di cui il brocardo citato pare solo essere una razionalizzazione tardiva), vada ricondotto a concezioni magico – sacrali che facevano del comportamento dell'animale una sorta di proiezione magica della volontà talvolta buona, ma talvolta cattiva, del proprietario dello stesso (l'animale come semplice medium della volontà o del pensiero umano). Queste implicazioni magico – giuridiche possono (forse) spiegare il fascinus (inteso nel senso etimologico del termine) che la materia della "responsabilità oggettiva", appunto, ha esercitato ed esercita sui giuristi e al di là delle giustificazioni di carattere etico – sociale? Saremmo tentati di rispondere di sì, visto che il giurista, anche quello pratico, si trova sempre di fronte alla necessità di contemperare le esigenze della mitologia giuridica con le esigenze della razionalità; e. g. contemperare la domanda (ed esigenza) di giustizia e trovare soluzioni per la stessa nell'ambito della griglia del diritto positivo. Lasciando, però, da parte il richiamo ad una (possibile) sociologia giuridica (o a

questioni di antropologia ed etnologia giuridica) in punto e passando, in concreto, all'esame della norma di diritto positivo in materia di responsabilità del proprietario di animali e, fatta questa premessa "storica", si ritiene di potere, almeno a livello di prima approssimazione, individuare nella fenomenologia della suddetta norma alcuni aspetti aventi un proprio carattere di specificità, che ne fanno una sorta di unicum nell'ambito della c. d. responsabilità senza colpa. Una disamina della fenomenologia dell'art. 2052 c.c. ci permette, infatti, di rilevare che:

- a) deve trattarsi di fatto (e che provoca danni), dell'animale;
- b) l'animale deve avere un proprietario o un "utente" (si deve sottolineare l'inciso "o" che fa discendere una situazione di alternatività per quanto attiene la responsabilità risarcitoria);
- c) non deve esserci un'interruzione "esterna" tra il comportamento dell'animale e l'evento (principio della sussistenza del rapporto di causalità, come necessario e sufficiente).

È, invece, più semplice l'esame della morfologia (la "storia delle forme") del testo dell'art. 2052 c.c. e che ci permette di evidenziarne le tre pericopi ivi contenute; la prima pericope consiste nella definizione del rapporto con l'animale che è collegato alla situazione, più ampia, della proprietà o a quella, più ristretta, dell'utilizzo o alla generale situazione di "dominio" sull'animale; la seconda è dichiarativa della responsabilità del soggetto in caso di danno causato dall'animale; la terza pericope indica l'escamotage (ancora di salvezza?) logico – giuridico di "uscita" dalle conseguenze risarcitorie e, cioè, si riferisce (dà indicazioni in merito) al caso fortuito che spezzerebbe (infrangerebbe?) il rapporto tra il comportamento dell'animale e l'evento e interrompendo (quasi come una soluzione di continuità) ogni collegamento con la situazione (status) di proprietario (o di "utente", il che è la identica cosa sotto il profilo risarcitorio), dello stesso o, meglio, con il potere (posizione) di dominio sull'animale e con la situazione (posizione) di garanzia (come si esprime talvolta la giurisprudenza in materia) del proprietario o dell'utilizzatore. Parrebbe allora appropriato definire la responsabilità ex art. 2052 c. c., come responsabilità per (da) evento, il che avrebbe, se non altro, il merito (anche sotto un profilo meramente pratico), di sgombrare il campo da ogni elaborazione concettuale, sia in dottrina sia in giurisprudenza, ultronea o meramente teorica, adoperando allora il principio, molto più semplice, anche in subiecta materia, del nesso di causa ed evento tra il fatto dell'animale e il danno, ai fini della declaratoria della responsabilità, salva la prova dell'interruzione del nesso eziologico, dovuta al caso fortuito. La attuale giurisprudenza, poi, pare attestata, pacificamente, nel riconoscere che la responsabilità ex art. 2052 c.c. abbia carattere di responsabilità oggettiva. Si veda, ex multis: G. d. P. Milano, 29 aprile 2009, T. Bari, sez. III, 15 gennaio 2009; T. Pesaro, 12 gennaio 2009; T. Monza, sez. IV, 1 ottobre 2008 e A. Catania, sez. II, 6 agosto 2008; nonché, in legittimità, Cass. civ., sez. III, 19 marzo 2007, n. 6454 (che ritiene che la responsabilità proprietaria ex art. 2052 c.c. sia basata non sulla colpa, ma sul rapporto di fatto con l'animale) e Cass. civ. sez. III, 23 gennaio 2006, n. 1210 (per cui il proprietario dell'animale risponde dei danni sulla base di una mera relazione, di proprietà o di uso o di utilizzo, che intercorre tra lo stesso e l'animale, sussistendo il nesso di causalità tra il comportamento dell'animale e l'evento dannoso). (15)

Per completezza in punto (valutazioni della giurisprudenza in relazione al fondamento dell'art. 2052 c. c.), si deve osservare che la relativamente recente sentenza della Cass. pen., sez. IV, del 8 settembre 2008, n. 34765, non sposta o modifica quello che ormai parrebbe essere una sorta di ius receptum, in ambito

civilistico, almeno, circa la qualificazione di responsabilità di tipo oggettivistico del proprietario di animali, in caso di danno causato dagli stessi: in primo luogo perché la nozione di responsabilità può avere valenze o fondamenti diversi in ambito civilistico rispetto a quello penalistico, almeno nella vigenza del principio della personalità della responsabilità penale, sancito dall'art. 27 della Costituzione (forse, finché i nostri patres conscripti non la penseranno diversamente.....) e, quindi il principio della responsabilità oggettiva, sic et simpliciter individuato, non potrebbe (non dovrebbe) trovare ingresso o, in qualche modo, ascolto, nel nostro sistema (o ordinamento) penalistico vigente; in secondo luogo perché, nel caso concreto all'esame della Suprema Corte, la colpa, e così come la individuerebbe il giurista tradizionale, sussisteva (eccome!), sotto il duplice profilo della culpa in eligendo e della culpa in vigilando (o per negligenza). Infatti dalla lettura della motivazione della sentenza si può evincere come il proprietario del cane (che aveva reiteratamente preso a morsi un bambino) avesse affidato il mordente pitbull a persona del tutto inidonea alla custodia dello stesso e non aveva curato o controllato l'applicazione della museruola all'animale e da ciò la Corte aveva potuto ritenere, stante l'obiettivo situazione di colpa, una responsabilità penale del proprietario del cane senza dover ricorrere al principio della "responsabilità oggettiva contrastante con il principio di personalità della responsabilità penale". (16) Né si ritiene che possa spostare i termini della questione in ordine alla responsabilità oggettiva del proprietario di animali, un recentissimo pronunciamento della Suprema Corte (Cass., 10 novembre 2009, n. 23820), che ha enunciato il principio per cui i cani non sempre devono essere tenuti con guinzaglio e museruola e, quindi, il proprietario non può essere assoggettato a sanzione amministrativa se l'animale gira libero per piccole strade con qualche abitazione intorno, in quanto l'obbligo, spesso imposto da ordinanze sindacali, vale solo per i centri abitati in senso stretto. È chiaro, però, che il principio sancito dalla Corte di Cassazione si riferisce all'aspetto meramente sanzionatorio, ma non esime certamente il proprietario da obblighi risarcitori nascenti dalla responsabilità (oggettiva) ex art. 2052 c. c., anche se sotto il profilo della sanzione amministrativa, era esentato dall'obbligo di tenere l'animale con museruola e guinzaglio, qualora il cane cagioni danni a terzi. La dottrina, con riferimento alla categoria della responsabilità oggettiva ex 2052 c. c., dopo alcuni tentennamenti iniziali, in particolare configurando una responsabilità di tipo soggettivistico, sulla base di un difetto o negligenza nella custodia, da parte del proprietario dell'animale o del suo utilizzatore, era poi approdata alla tesi (o alla sistemazione concettuale) di configurare la responsabilità di cui alla norma dell'art. 2052 c. c., come derivante da una presunzione di colpa per omissione dei doveri di controllo e vigilanza ed ipotizzando, pertanto, una sorta di presunzione di colpa in vigilando e/o in custodiendo. Peraltro, quasi tutti gli autori che, più o meno di recente, si sono occupati ex professo della materia, ritengono che la responsabilità prevista dalla norma suddetta configuri un'ipotesi di responsabilità oggettiva, che ha il suo fondamento nel principio dell'utilità e del rischio, alla stessa strettamente connesso. In definitiva, la responsabilità (oggettiva) per i danni causati da animali, prescinde dal concetto di colpa ed, in dottrina, si è (o meglio si era, visto che si tratta di opinione assai risalente nel tempo), pertanto, potuto affermare che non occorre provare la colpa del proprietario o dell'"utente", che ne risponderebbero, anche se incapaci; sul punto, pertanto, ci si può limitarsi a richiamare l'opinione del Branca (da considerarsi un "precursore" in subiecta materia), già risalente agli anni '50 del se-

colo scorso a tale proposito e, in particolare, come esposta in Sulla responsabilità oggettiva del proprietario di animali, cit. in nota. (17) Nel caso si tratterebbe di una applicazione del principio cuius commoda (del proprietario o utilizzatore) et incommoda e al fine della responsabilità del proprietario (o dell'utilizzatore), non si deve riguardare tanto alla condotta dell'animale, quanto al fatto che il danno sia intervenuto a causa dell'animale stesso e, quindi, rilevando il fatto materiale posto in essere dall'animale e, pertanto, anche ricollegandolo a ogni moto (o, lato sensu, atto) dell'animale che dipenda dalla di lui natura e prescindendosi dall'agire umano (e, cioè, del detentore o del proprietario). Si ricorda che la responsabilità del proprietario è alternativa rispetto a quella di chi utilizza l'animale, utilizzo che può avvenire anche un base ad un rapporto di mero fatto e anche con il consenso del proprietario, ma per la realizzazione di un interesse autonomo dell'utilizzatore. Qualora poi l'animale sia sfuggito o smarrito si dovrà tenere presente la temporalità prevista dall' art. 925, 2 comma, c. c., ai fini della responsabilità del proprietario.

Si deve, ancora, per completezza, fare presente che in caso di danni causati dagli animali selvatici (danni da fauna selvatica), trova applicazione la norma generale in materia di fatti illeciti di cui all'art. 2043 c. c., anziché la disposizione dell'art. 2052, stesso codice. (18) La giurisprudenza, poi, nella fattispecie, applica, prevalentemente, la soluzione ut supra, ritenendo che la risarcibilità da danni causati dalla fauna selvatica (e con legittimazione passiva dell'ente Regione), debba essere configurata non in base al disposto dell'art. 2052 c.c., ma in base alla previsione dell'art. 2043 c.c., con le relative implicazioni circa l'onere probatorio. Si segnala, sul punto, che lo stesso estensore della sentenza qui annotata, aveva qualche tempo fa (vedi: Tribunale Albenga, 24 ottobre 2006, n. 236), ritenuto l'applicabilità dell'art. 2043 c.c. in caso di danni provocati da fauna selvatica e, tra l'altro, tale pronuncia era stata pubblicata per esteso su questa stessa Rivista. Per quanto riguarda la risarcibilità dei danni causati da cani randagi (situazioni che spesso si verificano, stante il fenomeno del c. d. randagismo), si deve segnalare come recente giurisprudenza abbia evidenziato la sussistenza al riguardo della responsabilità della Azienda Sanitaria del luogo in cui si sia verificato il fatto (G. d. P. Molfetta, 24 aprile 2009) e come la Suprema Corte abbia chiarito che la responsabilità per il risarcimento dei danni alle persone aggredite e morse da cani randagi, ricada sulla Azienda Sanitaria Locale e competente per territorio, qualora una legge regionale affidi la lotta al randagismo ai servizi veterinari delle aziende sanitarie locali (Cass. civ., Sez III, 3 aprile 2009, n. 8137). (19)

3. Il nesso di causalità.

L'art. 2052 c.c., di cui qui ci si occupa espressamente, prevede per la sua applicabilità in concreto che sussista un rapporto causale (causa - effetto) tra un fatto, o un atto (ma con uso atecnico del termine) dell'animale od un accadimento (avvenimento) riferibile all'animale stesso ed il danno (il pregiudizio) occorso. Il rapporto di causalità nella fattispecie prevista dalla norma di cui sopra, subisce una sorta di traslazione nel senso che quello che si deve (o si dovrebbe) accertare non è tanto il comportamento del soggetto su cui ricadranno le responsabilità risarcitorie, quanto la continuità (senza soluzioni) tra due accadimenti, di cui l'uno è un comportamento, atto (sempre in senso atecnico) o fatto e l'altro è una sua conseguenza (il danno o l'evento di danno) e con l'avvertenza, però, che il "fatto" produttivo del "danno" deve, in qualche modo, relazionarsi alla figura del soggetto, in definitiva tenuto all'ob-

bligo risarcitorio, o temporalmente o spazialmente o per una situazione di status o di potere (in senso lato) e senza che abbia rilevanza la “colpa” del soggetto che sarà tenuto ai risarcimenti derivanti dal comportamento dell’animale ed a seguito della previsione normativa. Esiste, sempre, un rapporto (almeno in senso lato) di carattere logico – giuridico, ma, per così dire, “spostato” (o traslato) da un punto di vista soggettivo; il soggetto imputabile non è la diretta causa del danno o se lo è, si prescinde dalla di lui colpa o meno, avvertendosi che la dottrina (e la giurisprudenza) tradizionali hanno sempre cercato in tali ipotesi (e magari con “finzioni”) di reperire, in qualche modo, elementi di colpa (anche facendo ricorso a presunzioni) o di violazioni di doveri a cui collegare la responsabilità del soggetto tenuto ai risarcimenti; contra, si può qui far riferimento alle tesi di Gavazzi, in punto, sopracitate ed allora la responsabilità oggettiva non sarebbe altro che una conseguenza del (al) del principio dell’assunzione del rischio ed il rapporto di causalità viene ad essere identificato (sostanzialmente) con i concetti di “prima e dopo”, e viene, allora, ad avere rilevanza solo per quanto attiene al nesso eziologico tra fatto o comportamento dell’animale e l’evento di danno e tralasciandosi ogni indagine e considerazione in ordine all’agire del proprietario dello stesso; facendo ricorso a più pertinenti concetti di carattere logico – giuridico, si potrebbero usare le categorie della *conditio sine qua non* o della causalità adeguata, fatta salva la soluzione di continuità derivante dal caso fortuito (o, in altre ipotesi, dalla forza maggiore), da provarsi dal soggetto tenuto al risarcimento, che potremmo definire (ovviamente in senso lato), come una sorta di esimente. Usualmente, il caso fortuito viene definito come un evento (di carattere straordinario ed imprevedibile) che costituisce un fattore esterno in relazione alla causazione del danno. In materia di danni da animale, il rapporto di causalità, che deve intercorrere tra il fatto dell’animale e l’evento, è pacificamente inteso nel senso che il danno deve essere consequenziale ad un fatto ricollegabile alla “natura” dell’animale.

Sempre in dottrina, si ritiene che il rapporto di causalità (il c. d. nesso eziologico) consiste nel rapporto tra il fatto illecito ed il danno subito, nel senso che il danno rappresenti l’effetto del fatto (e ciò per l’ascrizione dell’illecito al soggetto agente) e che deve considerarsi imprescindibile il nesso eziologico, come legame o rapporto di derivazione, di una data situazione concreta con una precedente. Si veda: Greco, Il nesso di causalità nell’illecito extracontrattuale (artt. 1223, 2043, 2055 c. c.; artt. 40, 41 c. p.), in (a cura di Bonilini, Carnevali e Confortini) Codice ipertestuale della responsabilità civile, Tomo I, Torino, 2008, 129 – 130.

Talvolta poi, la giurisprudenza, specie quella più recente, per il nesso di causalità adotta un criterio di tipo probabilistico; il nesso di causalità materiale nel sistema civilistico (la cui valutazione è differente rispetto a quella in senso penalistico), consiste nella relazione probabilistica concreta tra il comportamento e l’evento dannoso, in base al criterio, ispirato alla regola della normalità causale, del “più probabile che non” (Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2009, cit. supra).

Per quanto attiene il nesso causale in materia di responsabilità ex art. 2052 c.c., la dottrina, come sopra già accennato, ritiene che il presupposto necessario (e sufficiente), per la responsabilità del proprietario o dello utilizzatore, sia il nesso eziologico tra il comportamento o fatto dell’animale e l’evento; in tale prospettiva il danno deve “derivare da una sequenza causale che coinvolge l’animale secondo la regola della *conditio sine qua non*”. Cfr.: Felletti, Il danno cagionato dagli animali, in (a cura di Bonilini, Carvevale e Confortini) Codice Iper-

stuale della responsabilità Civile, Tomo I, Torino, 2008, 357. In buona sostanza qui il nesso di causalità si riferisce non al comportamento del soggetto tenuto al risarcimento e all’evento, ma al fatto dell’animale e l’evento e il proprietario o utilizzatore risponde dei danni in base alla di lui posizione di dominio o alla posizione di garanzia o alla relazione proprietaria o “usuaria”, nei confronti dell’animale che ha causato il danno. In giurisprudenza, sul nesso di causalità tra fatto dell’animale ed evento si veda: T. Monza, sez. IV, 1 ottobre 2008 (mass.), in Banche dati giuridiche Utet, 2009, per cui il proprietario risponde dei danni causati dall’animale a terzi, in ogni caso e totalmente, salvo che dia la prova dell’intervento di un fattore esterno, idoneo ad interrompere il nesso causale tra il comportamento dell’animale e l’evento lesivo (caso fortuito); A. Catania, sez. II, 6 agosto 2008 (mass.), in Banche date giuridiche Utet, 2008, secondo cui la responsabilità del proprietario di animali si presume, con conseguente responsabilità risarcitoria nei confronti del danneggiato, in ogni caso ed in toto salvo che venga data la prova del caso fortuito, che consiste in un fattore esterno idoneo ad interrompere il nesso di causalità tra il comportamento dell’animale e l’evento e può consistere anche nel fatto del terzo o nel fatto colposo del danneggiato, che abbia avuto “efficacia causale esclusiva nella produzione del danno” e Cass. civ., sez. III, 19 luglio 2008, n. 20063 (in Mass. Giur. It., 2008), che ritiene che l’onere di provare il caso fortuito incomba al proprietario o utilizzatore di animale, solo dopo che sia stato dimostrato in modo inequivoco la sussistenza del nesso di causalità tra il comportamento dell’animale e il danno causato. (20)

4. Il risarcimento del danno per fatto dell’animale: il danno morale.

Il giudicante pare qui abbia fatto una applicazione “stretta” dell’art. 2059 c.c. e, comunque, aver dato una interpretazione in relazione al *thema decidendum*, sul punto, il più possibile conforme alla lettera (lettura) della norma sopracitata; avendo ritenuto, anche se incidenter, per così dire, sussistere una possibile responsabilità per colpa, anche per mancanza di diligenza e di vigilanza, a carico della proprietaria del cane, a cui conseguiva la possibilità di considerare l’accadimento come reato (e quindi una situazione di rilevanza penalistica), il Tribunale di Albenga ha potuto (correttamente e consequenzialmente) considerare tra le voci (o poste) di danno, anche il danno morale. Sul punto danno morale, si deve fare presente che la prevalente giurisprudenza ritiene che lo stesso svolga una funzione prevalentemente punitiva e in ciò distinguendosi dal c. d. danno esistenziale (cfr.: C. Cost. 11 luglio 2003, n. 233) e che è sufficiente, per il suo riconoscimento, che, nella fattispecie, siano astrattamente ravvisabili gli estremi del reato (*ex pluribus*; Cass. civ. S. U., 21 febbraio 2002, n. 6651 e Cass. civ. 12 agosto 1995, n. 8845) e precisandosi che, anche in ipotesi di responsabilità oggettiva, è necessaria la prova della colpa dell’autore del fatto, al fine del riconoscimento del danno morale, salvo che si versi in ipotesi di danno da lesioni di valori costituzionalmente garantiti (e come, comunque, potrebbe essere il diritto all’integrità fisica) e ciò sulla base dei principi indicati dalla sentenza della Cass. civ. 27 ottobre 2004, n. 20814. ed anche sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata (cfr.: C. Cost. 11 luglio 2003, n. 233, cit. supra), dell’art. 2059 c.c.. (21) Si precisa altresì che, in dottrina, il danno morale ex art. 2059 c. c., viene qualificato come danno morale soggettivo e, nella più comune accezione, sarebbe riferito alle sofferenze spirituali e al perturbamento dello stato d’animo del soggetto leso, cagionati

da un fatto materialmente (anche sotto un profilo astratto) idoneo a costituire “un illecito penale lesivo degli interessi della vittima”. Cfr.: Bona, *Danno morale e danno esistenziale*, in (a cura di Monateri) *Il danno alla persona*, Tomo I, Torino, 2000, 77. Non è questa la sede per una disamina, se non superficialissima, delle varie categorie del danno non patrimoniale: ci si limita, pertanto, all’indicazione della recente giurisprudenza che si è espressamente richiamata al danno morale e precisamente: T. Roma, sez. II, 7 settembre 2009 (mass.), in *Banche dati giuridiche Utet*, 2009, per cui nella generale categoria del danno non patrimoniale, il danno morale è inteso come sofferenza morale soggettiva; T. Roma, 30 luglio 2009 (in *Responsabilità civile*, 2009, 12, 1018), per cui il danno morale consisterebbe in un patì di carattere transitorio (mentre il danno esistenziale consisterebbe in un pregiudizio di carattere permanente); T. Roma, sez. XIII, 23 luglio 2009 (mass.) in *Banche dati giuridiche Utet*, 2009, che ritiene che il danno morale non individui una autonoma sottocategoria di danno, bensì descriva uno dei possibili pregiudizi e cioè quello costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata ed in sé considerata; A. Napoli, sez. IV, 21 luglio 2009 (mass.), in *Banche dati giuridiche Utet*, 2009, secondo cui il danno morale non individua una sottocategoria autonoma di danno, ma descrive un tipo di pregiudizio non patrimoniale, che, ai sensi dell’art. 2059 c.c. è costituito dalla sofferenza soggettiva, in sé considerata; Cass. civ., sez. III, 15 luglio 2009 n. 16448 (in *Responsabilità civile*, 2009, 10, 856) per cui il danno morale andrebbe in sede di liquidazione personalizzato, tenuto conto della particolarità del caso concreto e della reale entità del danno e non potendosi pervenire a liquidazioni puramente simboliche o irrisorie; nonché Cass. civ. sez. III, 22 giugno 2009, n. 14551 (in *Mass. Giur. It.*, 2009), secondo la quale e nell’ambito di una interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c. c., il danno morale consisterebbe in una sofferenza contingente e transeunte da ricomprendersi nella più ampia categoria del danno non patrimoniale e dovuta non solo a seguito di fatto illecito costituente un reato, ma anche ad ogni ipotesi in cui si verifichi un ingiusta lesione di un valore inerente alla persona, costituzionalmente garantito. (22)

5. Postilla sulla normativa in materia di animali con un addendum di dottrina.

Si ritiene non inutile proporre un elenco (certo non esaustivo) della legislazione speciale e della normativa in materia di animali; peraltro, ci si limita ad indicare le norme più rilevanti al riguardo, senza (ovviamente) pretese di completezza.

A) Sugli animali, in generale:

L. 11 aprile 1938, n. 612, istitutiva dall’Ente Nazionale Protezione Animali; L. 14 ottobre 1985 n. 623, ratifica di convenzioni sulla protezione degli animali e degli animali da macello; L. 14 agosto 1991, n. 281, legge quadro in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo e istitutiva della c. d. “anagrafe canina”; D. lgs 27 gennaio 1992, n. 116, attuazione della direttiva CEE n. 609/86 sulla protezione degli animali utilizzati ai fini sperimentali e scientifici; L. 22 novembre 1993, n. 473, nuove norme contro il maltrattamento degli animali; L. 20 luglio 2004, n. 189, norme sul divieto di maltrattamento degli animali, nonché di impiego degli stessi in combattimenti clandestini o competizioni non autorizzate; adde il recentissimo Ddl. presentato alla Camera il 19 ottobre 2009, n. 2836, per la ratifica ed esecuzione della Convenzione europea per la protezione degli animali di compagnia, fatta a Strasburgo il 13 novembre 1987, nonché per l’introduzione di norme di adeguamento all’ordinamento interno.

B) Sulla caccia:

Direttiva CEE n. 79/409/CEE, del 2 aprile 1979, concernente la conservazione degli uccelli selvatici; Direttiva CEE n. 85/411/CEE, del 25 luglio 1985, sempre in materia di conservazione degli uccelli selvatici; Direttiva CEE n. 91/244/CEE, del 6 marzo 1991, sempre su tale materia; L. 11 febbraio 1992 n. 157, norme sulla protezione della fauna selvatica omeoterma e sul prelievo venatorio.

C) Ordinanze ministeriali:

Ordinanza Ministro del Lavoro, 6 agosto 2008, sull’obbligo di identificazione e registrazione dei cani e sull’applicazione di microchip; Ordinanza Ministro della Salute, 19 gennaio 2007, sulla tutela dell’incolumità pubblica dall’aggressione di cani.

D) Il codice penale contiene svariate norme tendenti ad impedire maltrattamenti degli animali o l’infliggere sofferenze agli stessi, anche introdotte di recente con norme novellatrici e precisamente: gli artt. 544 bis, uccisione di animali; 544 ter, maltrattamento di animali; 544 quater, spettacoli e manifestazioni vietati; 544 quinquies, divieto di combattimenti tra animali; 544 sexies, confisca e pene accessorie (Titolo IX bis, Libro II, c. p., Dei delitti contro il sentimento per gli animali, inserito ai sensi dell’art. 1, comma 1, della Legge 20 luglio 2004, n. 189).

Addendum sulla dottrina in materia di animali. Per completezza, vista anche la recente legislazione a carattere “protettivo” nei confronti degli animali e l’emergere di istanze, anche sotto un profilo di carattere filosofico – etico e giuridico, tendenti a considerare l’animale come non disgiunto dalla sfera umana e, come essere senziente, bisognoso di protezione e di tutela e di riconoscimento di una sua dignità, fino ad arrivare ad una teorizzazione dell’animale come portatore di una limitata capacità giuridica e con una sorta di soggettività giuridica dello stesso e, quindi, con il riconoscimento dei c. d. diritti degli animali, si deve dire che, da ultimo, lo sguardo dei giuristi si è rivolto agli animali con particolare attenzione.

Fra i lavori in dottrina, merita qui segnalare: l’excursus storico – giuridico sull’animale nel diritto di Onida, in *Dall’animale vivo all’animale morto: modelli filosofico – giuridici di relazioni fra gli esseri animati* (Diritto @ Storia, n. 7, 2008); nonché AA. VV., (a cura di Castignone e Lanata) *I diritti degli animali. Prospettive bioetiche e giuridiche*, Bologna, 1985; AA. VV., (a cura di Castignone e Lanata) *I diritti degli animali*, Centro di Bioetica – Genova, Atti del Convegno nazionale, Genova 23 – 24 maggio 1986, Genova, 1986; Battaglia, *Etica e diritti degli animali*, Roma – Bari, 1997; De Mori, *Che cos’è la bioetica animale*, Roma, 2007; Rescigno, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, 2005.

Roberto Negro
Avvocato, Foro di Genova

Note:

(1) Sui temi e sulle tematiche (e sulle tipologie) della responsabilità civile e, nel cui ambito, la presente nota di commento alla sentenza del Tribunale di Albenga del 1 aprile 2009, si riferisce ad un aspetto particolare (quello previsto dall’art. 2052 c. c.) si veda, in dottrina sulla responsabilità in generale: Albanese, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005; Alessi, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XV, Torino, 1968; Alpa, *Il problema della atipicità dell’illecito*, Napoli, 1979; Id., *Il contratto nei sistemi di common law*, in *Digesto*, IV ed., *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civ., Vol. III, Torino, 1988; Barcellona, *Frutti e profitto d’impresa*, Milano, 1970; Busnelli, *Chiaroscuri d’autore. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e responsabilità*, 2003; Carnelutti, *Perseverare diabolium* (a proposito del limite della responsabilità per danni), in *Foro italiano*,

1952, IV; Cendon, Pena privata e diffamazione, in *Politica del diritto*, 1979, 149 e ss.; De Cupis, Il danno. Teoria generale della responsabilità civile, I, Milano, 1966; Di Maio, La tutela civile dei diritti, Milano, 1982; Darbellay, *Theorie generale de l'illicéité*, Fribourg, 1955; Longo, Sedotta (con promessa di matrimonio) e risarcita, in *Foro italiano*, 1994, I, 1878 – 1883; Macioce, Tutela civile della persona e identità personale, Padova, 1984; Moscati, Pena (diritto privato), in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXIII, Milano, 1982; Musolino, L'opera intellettuale: obbligazioni e responsabilità professionali, Padova, 1995; Pardolesi, Vendita sotto costo, annientamento del rivale e concorrenza sleale, in *Foro italiano*, 1983, I, 1864 – 1872; Pascasio, Sul rischio sportivo, in *Rivista di diritto sportivo*, 1961, 73 – 78; Panzanelli, L'Europa e la responsabilità civile, in *Foro italiano*, 1992; Rodotà, Il problema della responsabilità civile, Milano, 1964; Salvi, Il danno extracontrattuale, Napoli, 1985 Scognamiglio, Illecito (dir. vig.), in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VIII, Torino, 1962; Ricca, Sui c. d. rapporti contrattuali di fatto, Milano, 1965; Visintini, Trattato breve della responsabilità civile, Padova, 1996; Zweigert e Kotz, trad. it., *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 1995; Zeno – Zencovich, La responsabilità civile, in *Diritto privato comparato*. Istituti e problemi, Nuova ed., Roma – Bari, 2004 (in particolare con riferimento ai concetti di duty of care e di standard of care); Lawson e Markesinis, *Tortious liability for unintentional harm in the common law e in the civil law*, Cambridge, 1982; Gorla, *Diritto privato e diritto comune europeo*, Milano, 1981.

In particolare, sempre in dottrina, sul concetto di responsabilità oggettiva, si veda: Alpa, Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore, Milano, 1975; Id., Attività pericolosa e responsabilità dell'ENEL. Verso l'erosione dei privilegi della pubblica amministrazione?, in *Giustizia civile*, 1982, I, 919 – 920; Alpa e Bessone, La responsabilità del produttore, 2 ed., Milano, 1980; Bianca, *Diritto civile*, La responsabilità, V, Milano, 1994; Calabresi, trad. it., *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, 1975; Castronovo, Problema e sistema nel danno da prodotti, Milano, 1979; Gavazzi, L'onere. Tra la libertà e l'obbligo, Torino, 1970; Gentile, Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1950, 97 – 100; Trimarchi, Rischio e responsabilità oggettiva, Milano, 1961; Id., Causalità e danno, Milano, 1967; Viney, *Le declin de la responsabilité individuelle*, Paris, 1965; Atiyah, *The damages lottery*, Oxford, 1997; Alpa, Bessone e Zeno – Zencovich, I fatti illeciti, in *Trattato di diritto privato (dir. da Rescigno)*, 2 ed., Vol. XIV, Torino, 1995; Annunziata, La disciplina del mercato mobiliare, 3 ed., Torino, 2004; Castronovo, Le frontiere nobili della responsabilità civile, in *La nuova responsabilità civile. Regole e metafore*, Milano, 1991; Deakin e Markesinis, *Tort law*, 3 ed., Oxford, 1994; De Matteis, La responsabilità medica ad una svolta?, in *Danno e responsabilità*, 2005, 34; Thiene, Rimedio risarcitorio e condotta del danneggiante: tramonto o riscoperta dell'ingiustizia del danno?, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2002, II, 205 e ss.; Falzea, Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive, in *Rivista di diritto civile*, 2000, II, 679 e ss.; Levi, Responsabilità civile e responsabilità oggettiva. Diversi modi di introduzione della responsabilità oggettiva e loro influenza sulla legislazione italiana, Milano, 1988; Mattei, Ripensando il rapporto tra diritto inglese e diritto americano: l'esempio dei torts, in *Quadrimestre*, 1991, 554; Menichini, Responsabilità oggettiva e clausole di esonero e di limitazione della responsabilità contrattuale, Milano, 2006; Pardolesi, Analisi economica del diritto, in *Digesto*, IV ed., *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civ., Vol. I, Torino, 1990; Pinori, La responsabilità degli intermediari finanziari, in *Danno e responsabilità*, 1997, 297; Procida Mirabelli di Lauro, Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale, Napoli, 1992; Panzanelli, La responsabilità civile, Bologna, 1992; Id., I punitive damages nell'esperienza nordamericana, in *Rivista di diritto civile*, 1983, I, 435; Pizzorusso, Sistemi giuridici comparati, Milano, 1995; Salvatore, Servizi di investimento e responsabilità civile, Milano, 2004; Visintini, Colpa contrattuale: un falso concetto?, in *Contratto e impresa*, 2002. È poi persino inutile dire che la letteratura giuridica sulla responsabilità – sia di autori italiani che di autori stranieri – e da ultimo sulla responsabilità oggettiva, è ormai divenuta “babelicamente incontrollabile” da parte di chi si ac-

cinga ad una ricerca in materia; non resta pertanto che affidarsi alle propensioni (ed alle simpatie o alle cognizioni) individuali. Solo per “onor di firma”, quindi, sono state qui date indicazioni dottrinali sul tema.

(2) La responsabilità oggettiva è, usualmente, definita come responsabilità senza (o che prescinde dalla) colpa oppure, forse anche più correttamente, come responsabilità da evento o da rischio. Se si volessero usare categorie economico – sociologiche si potrebbe dire che il concetto di responsabilità oggettiva trova il suo fondamento nel tentativo di razionalizzazione del diritto in epoca di capitalismo esteso o di capitalismo avanzato o post – capitalismo, in cui si viene a privilegiare il modello dell'efficienza e dell'evento – risultato (lo spettacolo), rispetto a quello della riflessione sul caso singolo. E ciò tenuto conto della particolare importanza che tali moduli pratici (modelli) di applicazione del diritto hanno, nell'ambito della operatività del “capitalismo esteso”.

(3) Ovviamente la indicazione dei casi di possibile “applicabilità” del criterio della responsabilità oggettiva deve intendersi come un'ipotesi in prima approssimazione, certamente non esaustiva ed anche in parte contestabile e imprecisa; si sottolinea però il fatto che qui si è solo voluto dare una lista di possibili argomenti, casi e problemi. Merita, poi, un cenno la teorizzazione del concetto di responsabilità sociale di impresa in un lavoro di un “precursore” italiano della materia e, cioè, il Pallavicini, in una opera edita alla fine degli anni '60 del secolo scorso. Vedi: Pallavicini, *Strutture integrate nel sistema distributivo italiano*, Milano, 1968; adde, per una più recente esposizione e inquadramento del problema, D'Anselmi, *Il barbiere di Stalin. Critica del lavoro (ir)responsabile*, Milano, 2008.

(4) Il concetto (o l'istituto) della responsabilità oggettiva ha, anche potenzialmente, un amplissimo campo di applicazione, come risulta dalle molteplici ipotesi evidenziate.

(5) Sulla storia dei concetti giuridici e sulle grandi narrazioni che li hanno espressi, si può, in sede di prima approssimazione, vedere: Barberis, *La filosofia del diritto*. Un'introduzione storica, Bologna, 2000; Castagnone (a cura di), *Il realismo giuridico scandinavo e americano*. Antologia di scritti giuridici, Bologna, 2001; Id., *Il realismo giuridico scandinavo: principi teorici e proposte operative*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Genova*, 1974, 568 – 586; Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, Vol. III, Bologna, 1970; Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962; Id., *Realismo giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XIII, Torino, 1966; adde Kelly, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Bologna, 1996., nonché Negri, *Il giurista romanista di fronte all'etnologia giuridica*, Milano, 1983.

(6) Vedi: Monateri, *Acts of God*, in *Digesto*, IV ed., *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civ., Vol. I, Torino, 1987.

(7) Liverani, *Oltre la Bibbia. Storia antica di Israele*, Roma – Bari, 2009.

(8) Cfr.: Liverani, op. cit., pp. 230 – 232.

(9) Citazione da: Pritchard (ed.), *Ancient Near Eastern texts relating to the Old Testament*, Princeton, 1955 (Supplement, 1969).

(10) Cfr.: Liverani, op. cit., p. 231.

(11) Gavazzi, *Illecito*, in *Elementi di teoria del diritto*, 2 ed., Torino, 1984, 55 – 56.

(12) Alpa, *Ingegneria sociale e amministrazione del danno*. Quindici anni di dottrina della responsabilità civile, in *La responsabilità civile una rassegna di dottrina e giurisprudenza (dir. da Alpa e Bessone)*, Vol. I, nella collana *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale (fond. da Bigiavi)*, Torino, 1987, pp. 20 e ss. L'espressione sistemi di capitalismo maturo, usata dall'autore, andrebbe probabilmente, in oggi, sostituita con quella di sistemi a forma totale (a dominio totale) del capitale o con quella di post – capitalismo, per indicare la fase di completo sviluppo e di totale penetrazione di tale forma di produzione nell'ambito del mercato mondiale. Adde: Veronico, *La colpa*, in (a cura di Bonilini, Carnevali e Confortini) *Codice ipertestuale della responsabilità civile*, Tomo I, Torino, 2008, 111 – 113; Cafaggi, *Profili di relazionalità della colpa*, Padova, 1996; Corsaro, *L'imputazione del fatto illecito*, Milano, 1969; Busnelli, *La parabola della responsabilità civile*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1988; Visintini, *La colpa e gli altri criteri di imputazione della responsabilità civile*, Padova, 1990. Per le indicazioni in diritto comparato sulla

sostanziale similarità dei diversi sistemi giuridici, con riferimento ad una sempre maggiore estensione dei criteri di responsabilità oggettiva, si veda Mattei, *Il modello di common law*, Torino, 1996, 172 – 176, per il quale “una perfetta corrispondenza si riscontra fra sistemi occidentali anche per quanto riguarda il successivo passaggio moderno della storia della responsabilità extracontrattuale, e cioè l’imporsi di forme di responsabilità oggettiva, principalmente legate allo svolgimento delle c. d. attività pericolose” (ivi, 173).

(13) Vedi: A. Firenze, sez. II, 8 aprile 2009 (mass.), in *Banche dati giuridiche*, Utet, 2009; A. Firenze, sez. I, 22 aprile 2009 (mass.), in *Banche dati giuridiche*, Utet, 2009; A. Roma, sez. I, 13 luglio 2009 (mass.), in *Banche dati giuridiche*, Utet, 2009; T. Salerno, 22 luglio 2009 (mass.), in *Banche dati giuridiche*, Utet, 2009; T. Salerno, sez. II, 12 dicembre 2008 (mass.), in *Banche dati giuridiche*, Utet, 2009; T. Bari, sez. III, 15 gennaio 2009, in *Corriere del Merito*, 2009, 4, 365; Cass. civ., sez. I, 4 febbraio 2009, n. 2711, in *Mass. Giur. It.* 2009; Cass. civ., sez. III, 5 dicembre 2008, n. 28811, in *Mass. Giur. It.*, 2008.

(14) Esodo, 21, 29: “Ma se il bue era solito cozzare con le corna già prima e il padrone era stato avvisato e non lo aveva custodito, se ha causato la morte di un uomo o di una donna, il bue sarà lapidato e anche il suo padrone deve essere messo a morte”; nonché Esodo 21, 32: “Se il bue colpisce con le corna uno schiavo o una schiava, si pagheranno al padrone trenta sicli d’argento e il bue sarà lapidato”.

(15) Vedi: G. d. P. Milano, 29 aprile 2009 (mass.) in *Banche dati giuridiche*, Utet, 2009; T. Bari, sez. III, 15 gennaio 2009, in *Corriere del Merito*, cit.; T. Pesaro, 12 gennaio 2009 (mass.), in *Banche dati giuridiche*, Utet, 2009; T. Monza, sez. IV, 1 ottobre 2008 (mass.), in *Banche dati giuridiche*, Utet, 2009; A. Catania, sez. II, 6 agosto 2008 (mass.), in *Banche dati giuridiche*, Utet, 2008; Cass. civ., sez. III, 19 marzo 2007, n. 6454, in *Responsabilità civile*, 2008, 7, 608, con nota di Gliatta; Cass. civ., sez. III, 23 gennaio 2006, n. 1210, in *Mass. Giur. It.* 2006.

(16) Cass. pen., sez. IV, 8 settembre 2008, n. 34765, in *Altalex Massimario*, n. 43/2008. Per la precisione si dovrebbe segnalare che la sentenza di cui supra, collega la responsabilità del proprietario di animali (sotto il profilo, ovviamente, penalistico) non al concetto di responsabilità oggettiva, ma collegandola agli obblighi derivanti dalla quella che viene chiamata “posizione di garanzia”, legata al fatto di essere solo lui la persona che dispone dell’animale e che può controllare le sue reazioni. Sarebbe certo interessante una ricerca approfondita delle situazioni di borderline criminal liability che, in concreto, possono trovare ingresso nell’ordinamento penalistico anche sotto lo schermo di escamotages retorico – concettuali. Ma questa è tutta un’altra storia, che richiederebbe una ricerca sulla base di cospicui dati sociologici ed un esame delle tecniche logico – argomentative seguite od applicate (anche in modo inespresso) dalla magistrature penali; ciò esulerebbe comunque dai limiti della presente nota ed ancora di più dalle capacità e dalle competenze di chi scrive.

(17) In dottrina e, in generale, sulla responsabilità del proprietario o dell’utilizzatore (o “utente”) di animali, si veda: Alpa, Bessone e Zeno – Zencovich, *I fatti illeciti in Trattato di Diritto privato* (dir. da Rescigno), 2 ed., Vol. XIV, cit.; Branca, *Sulla responsabilità oggettiva per danni cagionati da animale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, 255; Colasurdo, *Considerazioni sulla responsabilità per fatto degli animali*, in *Giustizia civile*, 1957; Figone, *Il caso fortuito negli artt. 2051 e 2052 c.c.*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1985, 350; Casano, *Capire la responsabilità civile*, Torino, 2007; Franzoni, *La responsabilità oggettiva. Il danno da cose e da animali*, Padova, 1988; Visca, *Responsabilità oggettiva del danno cagionato da animale*, in *Giustizia civile*, 1999, I, 2109; Venturella, *Danno cagionato da animali: fondamento della responsabilità e individuazione dei soggetti responsabili*, in *Giustizia civile*, 1983, I, 741;

(18) Vedi: Resta, *La pubblica amministrazione e i danni cagionati dalla fauna selvatica*, in *Danno e responsabilità*, 1996

(19) T. Albenga, 24 ottobre 2006, n. 236, in *Nuova giurisprudenza ligure*, 2007, anno IX, n. 3, 214 – 217, con nota di Caffarena.

G. d. P. Molfetta 24 aprile 2009, in *Responsabilità civile*, 2009, 8 – 9,

764; Cass. civ., sez. III, 3 aprile 2009, n. 8137, in *Danno e responsabilità*, 2009, 8 – 9, 869, con nota di Foffa (in senso conforme anche Cass. civ. sez. III, 7 dicembre 2005, n. 27001).

(20) Sul concetto di causalità, tra l’altro fondamentale nell’ambito del ragionamento logico – giuridico in tema di responsabilità extracontrattuale, si veda: Gorla, *Sulla così detta causalità giuridica*, in *Studi in onore di Cicu*, Milano, 1951, 433; Maiorca, *Fatto giuridico. Fattispecie*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VII, Torino, 1961; Cendon, *Condotte dolose e causalità giuridica*, in *Persona e danno*, 1974; Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1965; Stella, *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio – basse nella successione di eventi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, 1215; Donini, *La causalità omissiva e l’imputazione “per l’aumento del rischio”*, ivi, 1999, 32; Iadecola, *Profili di colpa e nesso di causalità nella responsabilità professionale del medico*, in *Giurisprudenza di merito*, 1994, 680.

(21) Si veda: Facci, *I danni non patrimoniali* (art. 2059 c. c.), in (a cura di Bonilini, Carnevali e Confortini) *Codice ipertestuale della responsabilità civile*, Tomo I, Torino, 2008, 477 – 479.

(22) Pur uscendo dai limiti della presente nota, in punto qualificazione delle varie tipologie di danno non patrimoniale, ma da ridurre a situazione concettuale unitaria, pur mantenendo, nell’ambito della generale categoria danno, ogni singola voce, una propria specificità e per un apprezzabile tentativo dell’uso del principio del rasoio di Occam (entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem), si deve segnalare, tra l’altro in quanto anche già pubblicata su questa Rivista e per esteso, la sentenza del Tribunale di Genova del 10 marzo 2009, n. 2116 (in *Nuova giurisprudenza ligure*, anno XI, n. 2, 2009, 5 – 7, con nota di Cocconi), nonché, sempre ivi, l’ampio articolo – saggio di Viazzi, su “Il danno non patrimoniale dopo la sentenza della Cassazione a Sezione Unite, 11 novembre 2008, n. 26972” (in *Nuova giurisprudenza ligure*, cit., 39 – 52).

Tribunale di Genova, sez. II civ., 25 settembre 2009 (R.G. n. 11992/07) – Giudice Unico Gibelli – M. (Avv. Bottaro) c. L. (Avv. ti Sbrana e Scarfi).

RESPONSABILITÀ civile – convivenza more uxorio – condotta fedifraga – obbligo di informazione del partner su tale condotta – illiceità – insussistenza.

(Art. 2043 c.c.)

OBBLIGAZIONI naturali – convivenza more uxorio – attribuzioni patrimoniali estranee alla logica del supporto alla convivenza – esclusione.

(Art. 2034 c.c.)

È impossibile ravvisare un obbligo del convivente more uxorio di una donna che si sia sottoposta ad un trattamento anti-sterilità di informare la stessa della propria intenzione di interrompere la relazione o dell’esistenza di una seconda relazione a lei occultata sino ad allora. Se da un lato, infatti, tale dovere di lealtà pare essere conforme ad un principio di moralità minima, dall’altro non è possibile ravvisare un obbligo giuridico di informazione che sovrasti la libertà individuale di gestire nella massima libertà un simile momento, potenzialmente implicante anche altre persone estranee alla coppia.

Non è inoltre possibile individuare nella condotta fedifraga del vincolo sentimentale una fonte di responsabilità extracontrattuale, ritenuto che difetta del tutto, in seno alla convivenza more uxorio, un riconoscimento giuridico al reciproco impegno di fedeltà. (1)

Pertanto, poiché per configurare un illecito aquiliano è necessario che il danno sia stato arrecato contra jus o non jure e che nel caso di specie ciò non è ravvisabile, deve essere respinta qualsivoglia pretesa risarcitoria.

(Nel caso di specie, una donna chiedeva che l'ex convivente fosse condannato a risarcirle il danno morale e a rifonderle le spese sostenute per i trattamenti a cui si era sottoposta, in quanto egli le aveva a lungo taciuto l'esistenza di una relazione con altra donna e aveva quindi permesso che lei continuasse l'iter della fecondazione assistita, nonostante fosse palese che questa avrebbe immediatamente interrotto le costose nonché dolorose stimolazioni ormonali se avesse saputo di tale comportamento fedifrago. Il Giudice ha però precisato come non potesse ritenersi violato neppure il diritto alla salute della donna, in quanto il trattamento ormonale, nel suo complesso, per quanto lungo e non scevro di controindicazioni, aveva finalità curative ed era stato espressamente consentito).

Quanto invece alle pretese restitutorie, esercitate a titolo di ripetizione dell'indebito o di arricchimento senza causa, nel rapporto di convivenza more uxorio, fonte unicamente di obbligazioni morali o naturali, non trovano adeguata causa quelle attribuzioni patrimoniali che fuoriescano dalla logica del supporto alla convivenza stessa e che si traducano quindi in un'autonomia, consistente e probabilmente duratura attribuzione patrimoniale ottenuta in forza di una confusione di interessi non suscettibile di un positivo apprezzamento giuridico. (2) Tali pretese restitutorie devono essere quindi rigettate qualora l'attribuzione patrimoniale non possa ritenersi esorbitante dai comuni bisogni inerenti ad una convivenza. (Nel caso di specie, l'attrice chiedeva anche la ripetizione di una somma di denaro pari ad alcune migliaia di euro versata all'amministrazione del condominio per le spese concernenti l'appartamento di proprietà del compagno, appartamento che però era e sarebbe stato ancora destinato alla convivenza more uxorio e dunque non all'utilizzo esclusivo da parte del convenuto).

F. RPT.

(... Omissis...)

L'attrice ed il convenuto hanno convissuto more uxorio per circa dieci anni, dal 1996 a fine Febbraio del 2006.

Nella parte conclusiva di tale periodo hanno anche tentato di procreare rivolgendosi a diversi centri per la procreazione assistita, ricorrendo a tale sostegno terapeutico dopo aver scoperto che l'infertilità della coppia non dipendeva, come ipotizzato in un primo momento dal varicocele del quale il sig. Xxx si era inutilmente fatto operare.

L'attrice denuncia che il suo ex convivente, nonostante avesse una relazione clandestina con altra donna nell'ultima fase della "relazione ufficiale" per cui è causa, abbia lasciato che la stessa proseguisse nella via della fecondazione assistita (implicante onerose stimolazioni ormonali non prive di controindicazioni) nonostante dovesse essergli evidente, per la conoscenza reciproca che, conoscendo l'assenza di prospettiva della sua vita di coppia ella non avrebbe proseguito quella terapia.

Reputata l'illiceità della condotta suddetta l'attrice richiede che il convenuto sia condannato a rifonderle le spese per i trattamenti cui si era sottoposta ed inoltre a risarcire il danno morale inflitto.

Ancora l'attrice richiede la restituzione della somma di euro 4.239,45 versata all'amministrazione del condominio includente l'appartamento di Ddd Via Ccc 6 di proprietà del convenuto medesimo.

Il convenuto, ritualmente costituitosi, non ha contestato radicalmente la ricostruzione in fatto attorea. Ha tuttavia precisato che il trattamento anti-sterilità venne intrapreso per il forte desiderio di maternità della sua consorte, che l'immobile in questione era di sua proprietà, ma destinato ad abitazione comune, che la somma non venne mutuata, ma

definitivamente e volontariamente elargita mediante diretto pagamento all'amministrazione condominiale. Aggiunge ancora che l'immobile fu occupato per molti mesi, e col suo consenso almeno iniziale, dalla controparte che mai versò nulla a tale titolo.

Su tale base, nega la sussistenza di qualsiasi illecito e di ogni suo debito, chiedendo il rigetto di tutte le domande attoree. Non si è svolta istruttoria considerato che le parti non negano mai radicalmente le avversarie affermazioni limitandosi a dare sempre ulteriori precisazioni.

La domanda di restituzioni a titolo risarcitorio e risarcimenti veri e propri conseguenti all'esperienza delle tecniche di fecondazione assistita è infondata.

Il titolo avverso il convenuto per le restituzioni ed i risarcimenti non potrebbe che essere di natura extracontrattuale. Sarebbe allora necessario poter individuare un vero e proprio illecito commesso dal Xxx in danno dell'attrice e fonte di responsabilità.

Tale illecito non può essere ravvisato nella condotta fedifraga del vincolo sentimentale. È sufficiente ricordare in proposito che da tempo, persino nel campo del matrimonio la giurisprudenza tende a limitare la qualificazione come "vero e proprio illecito" delle condotte dirompenti rispetto alla stabilità del vincolo. Maggiormente tuttavia, in sede di convivenza more uxorio, manca completamente un valore giuridicamente riconosciuto del reciproco impegno di fedeltà, posto che, per definizione, tale forma di unione rifugge al riconoscimento dell'ordinamento, o, comunque, non lo riceve.

Certamente l'illecito non può ritenersi integrato da una violazione del diritto alla salute dell'attrice.

È vero, infatti, che i trattamenti anti-sterilità hanno controindicazioni serie a causa dell'impatto sui tessuti delle iperstimolazioni ormonali necessarie. Nondimeno, nel suo complesso il trattamento, espressamente consentito dall'attrice, aveva finalità curative, non potendosi ritenere che indurre indebitamente allo stesso od ostacolarne l'abbandono implichi una lesione obiettiva.

Non solo quindi non si ravvisa con facilità un illecito, ma non pare ipotizzabile neppure un "danno".

Il trattamento si configurava come un'opportunità di cura. Solo a posteriori, per il suo insuccesso e, non per la sua inutile protrazione, divenne assimilabile ad un danno.

Anche ove si volesse ravvisare la lesione nell'aver inciso con informazioni false (la falsa prospettiva di possibile protrazione della convivenza) in una scelta personalissima di autodeterminazione quale l'adesione ad un programma di fecondazione assistita permarrebbe ugualmente il problema della identificazione di un illecito.

Infatti non ogni lesione di posizioni tutelate (iniuria) implica la realizzazione di un illecito aquiliano essendo necessario anche che il danno sia illecitamente apportato (contra ius) ovvero che non possa essere legittimamente arrecato nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere.

Si deve allora dire che è impossibile ravvisare un obbligo del convivente della donna in trattamento anti-sterilità di informare la stessa dell'intenzione di interrompere la relazione o della esistenza di una seconda relazione a lei fino ad allora occultata. Nonostante tale dovere di lealtà sembri corrispondere effettivamente ad un canone morale minimo, non pare possibile configurare in proposito un obbligo di informazione che sovrasti la libertà individuale di gestire nella massima libertà un simile particolarissimo momento, concernente potenzialmente anche altre persone.

Non pare quindi possibile ravvisare un illecito aquiliano nella pur poco degna condotta dell'attore restando quindi esclusa ogni pretesa restitutoria.

Si deve in ogni caso osservare che la ricostruzione attorea sul punto fin qui trattato è anche caratterizzata dall'impossibilità della prova, posto che nessuno, se non le stesse parti, e forse neanche esse stesse, possono formulare le ipotesi circa le proprie condotte (protrazioni di trattamenti, prosezioni o interruzioni di relazioni, volontà riproduttiva o mero consenso all'altrui desiderio) necessarie per formulare un'ipotesi di condotta dannosa ed illecita certamente riconducibile all'attore.

Quanto alla restituzione (a titolo di ripetizione di indebito o di arricchimento senza causa) occorre considerare il seguente principio:

“un'attribuzione patrimoniale a favore del convivente more uxorio configura l'adempimento di un'obbligazione naturale a condizione che la prestazione risulti adeguata alle circostanze e proporzionata all'entità del patrimonio e alle condizioni sociali del solvens (Fattispecie nella quale i giudici di merito, con accertamento di fatto ritenuto dalla Cassazione incensurabile in sede di legittimità, hanno escluso il rapporto di proporzionalità tra l'opera edificatoria realizzata, a propria cura e spese, con l'arricchimento esclusivo di uno solo dei componenti la famiglia di fatto, e l'adempimento dei doveri morali e sociali da parte del convivente more uxorio).”

Cass. civ., sez. II, 13/03/2003, n.3713

Nel caso in effetti non pare che possa ravvisarsi un contratto di mutuo, posto che difetta ogni concreto indizio e persino allegazione, circa l'assunzione di un qualche impegno restitutorio da parte del convenuto.

Neppure pare possa applicarsi al caso la disciplina della donazione che, notoriamente opera solo per le attribuzioni patrimoniali dirette, mentre nel caso vi sarebbe stata l'estinzione di un debito condominiale, e quindi, piuttosto una “donazione indiretta” o forse più semplicemente, non parendo venire in evidenza una qualche volontà negoziale, un mero pagamento del debito altrui.

Il problema residuo risulta allora esattamente quello di massima, ovvero se tale indiretta attribuzione patrimoniale sia retta da una causa valide ed idonea socialmente a giustificare lo spostamento patrimoniale tra i soggetti interessati.

Come riportato correttamente nella massima nel rapporto di convivenza more uxorio, fonte unicamente di obbligazioni morali o naturali, non trovano adeguata causa attribuzioni patrimoniali che fuoriescano dalla logica del supporto alla convivenza per tradursi in una autonoma, consistente e probabilmente duratura attribuzione patrimoniale ottenuta in forza di una confusione degli interessi non suscettibile di positivo apprezzamento giuridico.

Nel caso tuttavia è risultato pacifico che le spese di amministrazione versate concernevano sì una casa di proprietà del convenuto, ma anche la casa nella quale era in corso ed ulteriormente progettata la convivenza in comune,

Anche a tale titolo nulla pare quindi dovuto.

Non resta che il rigetto di tutte le domande dell'attrice-
Stante il giudizio morale negativo, certamente largamente condiviso, sul tipo di condotta dell'attore, giudizio facilmente equivocabile con uno più strutturato di vera e propria illiceità, stante il carattere labile della distinzione tra attribuzioni patrimoniali ordinarie e straordinarie nel contesto di una convivenza, paiono sussistere senza meno giusti motivi per la completa ed integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il tribunale, visto l'art. 281 sexies del c.p.c., ogni contraria istanza disattesa, **rigetta** tutte le domande attoree, **compensa** interamente le spese di lite.

Nota redazionale:

(1) In materia matrimoniale, il Tribunale di Savona - Albenga aveva stabilito, con una sentenza dell'8 gennaio 2005, che il dovere di fedeltà tra i coniugi non può essere considerato fonte dell'obbligo di risarcimento del danno biologico; la violazione dei reciproci diritti-doveri dei coniugi, infatti, è già sanzionata dall'art. 151, c. 2, c.c., costituendo motivo di addebito della separazione, e dunque dovrebbero essere escluse ulteriori e diverse conseguenze. La violazione del dovere di fedeltà può tuttavia costituire fonte di un obbligo risarcitorio qualora venga dimostrata la lesione di un diritto costituzionalmente garantito. La Corte di Cassazione, peraltro, ha predicato la strutturale compatibilità tra gli istituti del diritto di famiglia e quelli della responsabilità aquiliana, con la conseguente eventuale rilevanza di un dato comportamento sia ai fini della separazione o della cessazione del vincolo matrimoniale sia quale fatto generatore di responsabilità extracontrattuale, in caso di lesione di diritti fondamentali della persona (cfr. Cass., sent. 10/05/2005 n. 9801).

(2) In tal senso si è espressa anche la Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 3713 del 13/03/2003, nella quale si afferma che “un'attribuzione patrimoniale a favore del convivente more uxorio configura un'obbligazione naturale a condizione che la prestazione risulti adeguata alle circostanze e proporzionata all'entità del patrimonio e alle condizioni sociali del solvens”.

Giudice di Pace di Genova, sez. I civ., 29 settembre 2009, n. 9770 – Giudice Garibbo – F. e Z. c. Vodafone Omnitel.

TELEFONO e comunicazioni – conciliazione – proponibilità della domanda davanti all'Autorità Giudiziaria ordinaria – fattispecie.

(L. 31 luglio 1997 n. 249, art. 1)

Le cause tra utenti e gestori telefonici non devono essere precedute dal tentativo stragiudiziale di conciliazione, quando i rapporti inter partes siano retti da formulario di contratto predisposto dal gestore telefonico che non prospetta come obbligatorio quel tentativo e consente di avvalersi degli ordinari rimedi civilistici. (1)

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

Con atto debitamente notificato a controparte ed iscritto a ruolo il 10/6/2009, Fontana Emanuela e Zafferani Riccardo convenivano in giudizio Vodafone Omnitel N.V. con il *petitum* per esteso indicato in epigrafe.

Con comparsa di costituzione e risposta ed in sede di prima udienza, tenuta il 10/7/2009, parte convenuta svolgeva l'eccezione preliminare anch'essa riportata in epigrafe.

Parte attrice replicava con memoria... depositata il 17/9/2009.

Al'udienza del 25/9/2009 parte convenuta non compariva, parte attrice concludeva come in memoria ed il Giudice tratteneva la causa a sentenza sul punto.

Motivi della decisione

Secondo il costante orientamento di questo Giudice (vedasi da ultimo ordinanza in data 9/3/2009 nella causa Formichella contro Fastweb a R.G. 2932/2009) la conciliazione

obbligatoria deve essere sempre esperita:
 quando non sussistano norme contrattuali con le quali le parti hanno diversamente regolato i loro rapporti;
 quando il consumatore non abbia preventivamente inoltrato alla competente Autorità denuncia per fatto costituente reato ex art. 62 del Codice del Consumo, con particolare riguardo all'art. 66 dello stesso Codice e la domanda sia diretta conseguenza della lesione provocata al consumatore dal reato accertato;

quando sia stata esperita procedura d'urgenza (vedasi Trib. Vibo Valentia 30/12/2004, Trib. Pozzuoli 6/6/2007, Trib. Torino 7/4/2008) e quindi la domanda non sia soggetta alle condizioni di procedibilità ordinarie;

quando, infine, il *petitum*, come autorevolmente ritenuto dalla Suprema Corte, riguardi... non soltanto "l'adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto ma anche quelle nelle quali si controverte sull'esistenza stessa del contratto", come nel caso in esame (Cass. sez. III, 30/9/2008 n. 24334).

Opportunamente parte attrice cita la ulteriore sentenza della Cassazione sez. II n. 25853/2008 che limita l'obbligo del tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 1 comma 11 della L. 249/1997 alle sole vertenze aventi ad oggetto il contenzioso telefonico e non altri rapporti dallo stesso esulanti.

Ciò premesso, risulta evidente – e di ciò avrebbe dovuto accorgersi parte convenuta, consultando i propri atti contrattuali prima di sollevare eccezioni temerarie – che Vodafone Omnitel N.V. ha incluso nei contratti predisposti per formulari (art. 1342 c.c.) correnti con i Sigg. Fontana e Zaffarani clausole del tutto divergenti dalla norma di primo grado di cui alla citata L. 249/1997 e dalla norma di secondo grado invocata da parte convenuta, delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 182/02 Cons.

Infatti, in palese violazione dei diritti del consumatore, il professionista ha inserito clausole non proprio garantiste, riducendo il preventivo diritto del consumatore alla conciliazione (art. 21.3 delle condizioni generali di contratto per abbonamento per le comunicazioni mobili) a mera facoltà, privilegiando (art. 6.2 delle medesime condizioni) le procedure "domestiche" di reclamo e di conseguente conciliazione "ferma la possibilità di... avvalersi degli ordinari rimedi civilistici".

È quindi da respingere con interpretazione conforme all'art. 1370 c.c., vigendo tali clausole, imposte dal professionista, tra le parti, la pretestuosa eccezione della convenuta, operando il contratto in corso quale "legge tra le parti" medesime (art. 1372 c.c.).

Le spese della presente fase di giudizio seguono la soccombenza (... *Omissis*...)

(1) Nota redazionale:

La sentenza annotata (di tipo parziale, per essersi pronunciata solo su questione preliminare) affronta tematica nuova, almeno per quanto risulta dai precedenti editi (per una loro ricognizione v. Romualdi, nota a Cass. 30 settembre 2008 n. 24334 ed a Cass. 27 ottobre 2008 n. 25853, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2157 e ss.).

Sebbene l'estensore della sentenza abbia dichiarato che essa era conforme a sue precedenti decisioni, non si sono reperiti altri casi in cui le parti avessero "diversamente regolato i loro rapporti" per dirimere le controversie sull'utenza telefonica (casi che pur si ritengono frequenti, visto che il convenuto Vodafone Omnitel stipula contratti su propri formulari ed è uno dei principali gestori telefonici operanti in Italia).

La soluzione del Giudice di Pace di Genova merita senz'altro approvazione, non potendo neppure concepirsi che l'u-

tente (per lo più appartenente alla categoria dei consumatori) sia costretto a dubitare della validità di clausola in formulario di contratto proveniente dal gestore dei servizi telefonici che prospetta come puramente facoltativo il ricorso agli organi per la composizione stragiudiziale delle controversie (il Co.Re.Com., Comitato Regionale per le Comunicazioni o gli Organismi di conciliazione delle controversie in materia di consumo di cui all'art. 13 del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera 173/07/Cons.).

Non senza considerare che ancora in tempi recenti si era ritenuto non obbligatorio il tentativo di conciliazione di cui all'art. 1 L. n. 249/1997 per le ordinarie vertenze relative all'utenza telefonica (v. Giud. Pace di Catania 31 dicembre 2004 e Giud. Pace Gubbio 5 ottobre 2005, entrambe richiamate in Romualdi, cit., c. 2158) e che i più non sanno che il legislatore ha privilegiato procedure dirette ad alleggerire il carico della giustizia ordinaria (ed alternative alla stessa).

Fabrizio Gandolfo
 Avvocato, Foro di Genova

Tribunale di Tortona, 20 aprile 2009, R.G. 192/07, Giudice Unico Bianchi – Royal & Sun Alliance Insurance Plc (Avv.ti Cavenenghi e Vitali) c. Giraud Sud Sas (Avv.ti Franco e Raffa Ugolini) e c. Laura Salvati e Francesco Iozza (Avv.ti Tava e Garitta).

TRASPORTO (contratto di) – trasporto internazionale di merci su strada - responsabilità del vettore per furto della merce in Italia - giurisdizione del G.O. italiano – sussiste - diretta applicabilità della Convenzione di Ginevra (CMR) – criteri.

(Artt. 1, 29, 31 e 32 Convenzione di Ginevra)

In caso di furto in Italia di merci trasportate dall'estero e dirette in un paese terzo, il vettore è responsabile dell'operato dei dipendenti e, in quanto tale, tenuto al risarcimento del danno cagionato al destinatario per il furto del materiale stesso.

Sussiste la giurisdizione del Giudice italiano ed è applicabile la Convenzione di Ginevra indipendentemente da un espresso richiamo alla Convenzione stessa da parte dei contraenti, per ogni contratto avente ad oggetto il trasporto a titolo oneroso di merci su strada per mezzo di veicoli, quando il luogo di ricevimento della merce e quello previsto per la consegna sono situati in due paesi diversi.

Ai fini dell'art. 15 L. 218/95, il giudice italiano è tenuto ad interpretare ed applicare la legge straniera come se fosse un giudice dello Stato cui la legge stessa appartiene, facendo applicazione dei criteri interpretativi generali esistenti in quell'ordinamento. Conseguentemente, in caso di richiamo alla legge di un ordinamento (francese) che consente la diretta applicazione della CMR anche in assenza di richiamo pattizio, il giudice italiano deve utilizzare i criteri ermeneutici dell'ordinamento richiamato e dichiarare la diretta applicabilità della CMR pur in assenza di richiamo negoziale". (1)

(1) In senso opposto si veda: Cass., sez. III civ., 7 febbraio 2006, n. 2529, in *Giust. civ.*, Mass., 2006, 2.

(... Omissis...)

Svolgimento del processo e motivi della decisione

Rilevato in fatto:

che con atto ritualmente notificato Royal & Sun Alliance Insurance plc citava in giudizio - avanti questo Tribunale- Giraud Sud sas e Laura Salvati e Francesco Iozza, allegando:

- che nel marzo 2004 Corvoiser sas con sede in Jarnac (Francia) affidava a Giraud sud sas (di seguito Giraud) il trasporto su strada di due partite di cognac da consegnare presso Allied Domecq Spirits & Wine Italia spa (di seguito Domecq) a Corteolona (PV);

- che Giraud affidava il trasporto alla IBtrans srl (oggi fallita) con sede in Carbonara Scrivia, la quale affidava a sua volta il trasporto a Eurotrans di Salvati Laura & C. snc avente la medesima sede di IB trans srl;

- che la notte del 9.03.04 il carico - parcheggiato presso un piazzale privato sito in Tortona - veniva rubato;

- che Corvoiser risarciva il danno a Domecq, la quale cedeva alla prima i relativi diritti risarcitori;

- che l'attrice Royal & Sun Alliance Insurance plc (di seguito Royal) risarciva il danno a Corvoiser, surrogandosi nei diritti di questa nei confronti dei responsabili del sinistro;

- che quindi parte attrice chiedeva in questa sede la condanna del vettore Giraud e di Laura Salvati e Francesco Iozza questi ultimi in qualità di soci illimitatamente responsabili di Eurotrans snc (società già cancellata ed estinta), al risarcimento dei danni nella misura dell'indennizzo assicurativo versato dall'attrice, come meglio riportato in epigrafe;

- che si costituivano in giudizio i convenuti Laura Salvati e Francesco Iozza chiedendo il rigetto della domanda,

precisando che la controversia dovesse essere decisa secondo la legge sostanziale italiana;

- eccependo la mancata traduzione degli atti;

- eccependo la prescrizione del diritto ex art. 2951 ovvero ex art. 32 CMR;

- affermando che la violazione dell'obbligo di custodia da parte del subvettore non può fondare l'azione di responsabilità extracontrattuale;

- agendo in manleva contro Giraud sud;

che si costituiva in giudizio alla prima udienza la convenuta Giraud Sud sas, chiedendo il rigetto della domanda, ed in particolare:

- eccependo la nullità della notifica;

- eccependo la carenza di giurisdizione dell'A.G. italiana e instando per la sospensione del giudizio ex art 7 Reg CE 44/01 per essere già pendente davanti al Tribunale di Cognac controversia civile introdotta da Giraud contro Eurotrans per i medesimi fatti;

- precisando di aver svolto mera attività di spedizioniere e non già di vettore;

- instando affinché la controversia fosse decisa secondo la disciplina sostanziale francese, con conseguente prescrizione del diritto azionato e comunque agendo in rivalsa nei confronti di Iozza e Salvati;

- che espletata l'istruttoria testimoniale, venivano precisate le conclusioni, e la causa veniva assunta in decisione;

considerato in diritto:

- che anche ai fini della decisione sulla giurisdizione di questa A.G., va affermata l'applicabilità - nel caso di specie e quantomeno in relazione alla domanda discendente dai diritti del mittente Corvoiser nei confronti di Giraud - della disciplina contenuta nella CMR, in forza dell'art. 1 della stessa, avendo l'Italia aderito alla citata Convenzione ("La presente convenzione si applica a ogni contratto per il trasporto a titolo one-

roso di merci su strada per mezzo di veicoli, indipendentemente dal domicilio e dalla cittadinanza delle parti, quando il luogo di ricevimento della merce e il luogo previsto per la consegna indicati nel contratto sono situati in due paesi diversi, di cui almeno uno sia parte della Convenzione");

- che questo Giudice ben conosce la posizione assunta dalla S.C. che tradizionalmente nega la natura obbligatoria della CMR, richiedendo - per la sua applicabilità - il richiamo alla stessa effettuato dalle parti (*In tema di trasporto internazionale di merci su strada, l'applicabilità della particolare normativa dettata dalla convenzione di Ginevra del 19 maggio 1956 (resa esecutiva con la l. 6 dicembre 1960 n. 1621) postula che le parti contraenti abbiano in tal senso manifestato la loro volontà, sia attraverso l'inserimento nella lettera di vettura dell'indicazione che il trasporto è assoggettato al regime di cui alla predetta convenzione (art. 6, par. 1, lett. k), sia, in mancanza della lettera di vettura, attraverso pattuizioni tra le parti, anche orali, dimostrabili con qualunque mezzo di prova.*" Cassazione civile, sez. III, 07 febbraio 2006, n. 2529 in *Giust. civ. Mass.* 2006, 2);

- che peraltro è altrettanto noto che detto orientamento sia unanimemente contestato dalla dottrina (anche straniera) nonché da parte della giurisprudenza di merito (cfr. Corte di Appello Firenze, 02 febbraio 1981, in *Dir. Maritt.* 1982, 415; Corte di Appello di Brescia 1.6.01 in *Dir. Mar.* 2002, 566; Corte di Appello di Milano 21.2.92 in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.* 1993, 119; Corte di Appello di Torino 1.6.01 in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.* 1984, 586; Trib. Milano, *Riv. giur. circ. trasp.* in 1983, 930; Trib. Bergamo 4.06.05 in *Dir. Mar.* 2007, 217);

- che questo Giudice aderisce a tale ultimo orientamento, sulla base delle considerazioni variamente evidenziate dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito e che qui si riassumono: l'argomento principale su cui si fonda l'orientamento espresso dalla S.C. è notoriamente il dato testuale di cui all'art. 6 comma 1 lettera K) della CMR che impone che la lettera di vettura contenga l'"indicazione che, nonostante qualsiasi clausola in senso contrario, il trasporto è disciplinato dalla presente Convenzione". Da tale riscontro letterale la S.C. fa discendere la natura facoltativa della convenzione CMR.

A ciò può facilmente obiettarsi che l'art. 4 della Convenzione statuisce che "Il contratto di trasporto è stabilito dalla lettera di vettura. La mancanza, l'irregolarità o la perdita della lettera di vettura non pregiudica l'esistenza né la validità del contratto di trasporto, che rimane sottoposto alle disposizioni della presente Convenzione."

Se quindi la redazione della lettera di vettura non è obbligatoria e la CMR va applicata anche in caso di omessa compilazione del contratto scritto (art. 4 cit.), deve escludersi che il richiamo esplicito ex art. 6 comma 1 lettera k) alla suddetta disciplina convenzionale debba ritenersi necessario, posto che il documento scritto potrebbe in ipotesi non essere mai stato redatto.

- Sempre in relazione al citato art. 6 comma 1 lettera k), la dottrina ha già osservato che tale disposizione costituisce una c.d. "paramount clause", clausola che tradizionalmente consente il richiamo negoziale ad una convenzione internazionale nei casi in cui detta convenzione non sia applicabile (l'esempio più ricorrente è il richiamo pattizio alle regole della Convenzione di Bruxelles del 25 agosto 1924 sulla polizza di carico, cfr. Cassazione civile, sez. I, 20 dicembre 1995, n. 13018, in *Giust. civ.* 1996, I, 689): trattasi quindi di clausola che non solamente rende possibile l'esplicitazione dell'applicabilità della CMR nei casi comunque regolati dalla stessa, ma che facoltizza le parti ad applicare la CMR a rapporti estranei al suo normale ambito di operatività.

Va inoltre osservato che l'argomento fondato sul necessario richiamo alla CMR tramite la lettera di vettura appare ridondante rispetto alle conclusioni a cui perviene la S.C., laddove consente un patto verbale di applicazione della CMR: se infatti la clausola della lettera di trasporto di cui all'art. 6 lett. k) dovesse intendersi come onere ineludibile delle parti al fine di applicare la convenzione, non si vede come una mera pattuizione orale possa sostituire la clausola scritta prescritta dalla convenzione stessa.

L'art. 7.3 della CMR regola le conseguenze dell'omesso inserimento nella lettera di vettura dell'indicazione prevista nell'articolo 6 paragrafo 1 lett. k), per cui "il vettore è responsabile di tutte le spese e dei danni subiti dall'aveente diritto alla merce a causa di detta omissione".

La S.C. ha argomentato che tale enunciato dimostrerebbe l'inoperatività *ex iure proprio* della Convenzione, in quanto regolerebbe il caso di conseguenze negative derivanti dall'inapplicabilità della CMR come conseguenza del mancato richiamo pattizio alla stessa.

L'assunto peraltro è evidentemente contraddittorio, in quanto – accedendo alla tesi della S.C. – in assenza di richiamo contrattuale alla CMR, detta disciplina non sarebbe applicabile, e quindi neppure il citato art. 7.3.

Consequentemente, il citato art. 7.3 va interpretato nel senso che: tra i contraenti del contratto di trasporto va ribadita la generale obligatorietà della convenzione, anche in assenza di espresso richiamo delle parti alla convenzione, diversamente, l'"aveente diritto alla merce" di cui al citato art. 7.3 (terzo estraneo al contratto) può giovare della CMR solamente nel caso in cui le parti abbiano operato nella lettera di vettura l'espresso richiamo alla convenzione: in difetto, "il vettore è responsabile di tutte le spese e dei danni subiti dall'aveente diritto alla merce a causa di detta omissione".

In sintesi quindi l'articolo 6 paragrafo 1 lett. k) svolge la funzione di estensione dell'efficacia applicativa della CMR, estensione sia *oggettiva* a trasporti effettuati tra paesi non contraenti mediante un richiamo pattizio (in funzione di "Paramount clause"), sia *sogettiva* (e cioè in favore di terzi estranei, quale appunto "l'aveente diritto alla merce").

L'articolo 41 della CMR statuisce che "è nullo e improduttivo di effetti qualsiasi patto che, direttamente od indirettamente, deroghi alle disposizioni della presente Convenzione. La nullità di tali patti non comporta la nullità delle altre disposizioni del contratto".

Accedendo per ipotesi all'interpretazione accolta dalla S.C. – si dovrebbe supporre – in modo invero bizzarro – che la CMR si sia preoccupata di regolare – all'art. 41 – una fattispecie che è d'obbligo supporre statisticamente assai poco significativa, quale è il caso in cui i contraenti al contempo abbiano – da una parte – richiamato la disciplina della CMR e dall'altra parte abbiano derogato ad essa.

Analogamente va osservata la singolarità della situazione che vedrebbe gli operatori facoltizzati ad adottare o meno le regole della CMR, regole che però – una volta adottate – sarebbero assolutamente inderogabili ex art. 41 CMR.

La finalità di rendere obligatoria e uniforme la disciplina convenzionale del trasporto di merci su strada discende anche dallo stesso Preambolo della CMR, in cui si legge "Le Parti contraenti, riconosciuta l'utilità di regolare in modo uniforme le condizioni del contratto di trasporto internazionale di merci su strada, specie per quanto concerne i documenti utilizzati per questo trasporto e la responsabilità del vettore (...)": indubbio che l'interpretazione adottata dalla S.C. contrasti con l'espressa finalità della convenzione e quindi con il principio ermeneutico di cui all'art. 12 delle preleggi.

L'art. 1 della CMR, rubricato come "campo di applicazione", non contiene alcun riferimento alla volontà dei contraenti, postulando invece esclusivamente la sussistenza di circostanze oggettive ("quando il luogo di ricevimento della merce e il luogo previsto per la consegna indicati nel contratto sono situati in due paesi diversi, di cui almeno uno sia parte della Convenzione"); presso le Corti Supreme degli stati aderenti alla CMR l'obligatorietà della CMR non viene mai posta in discussione (per il Tribunal Supremo spagnolo, cfr. *Rev. dr. unif.* 2001-3 pag. 643; per la Corte Suprema austriaca, cfr. *Rev. dr. unif.* 1997-1 pag. 169; per la Corte Suprema ungherese, cfr. *Rev. dr. unif.* 2006 pag. 405; per la Corte Suprema olandese, belga e francese, cfr. *Rev. dr. unif.* 1999-1 pag. 140 e in *Rev. dr. unif.* 1999-3 pag. 767; per la Corte suprema tedesca, *Unif. Law Review*, 1997-1); pag. 148).

L'unanime dottrina italiana e straniera considera tanto errata quanto isolata la posizione della Corte di Cassazione.

Sulla base delle suesposte e riassuntive considerazioni, questo Giudice ritiene di doversi discostare dal pur consolidato orientamento inaugurato dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 3983 del 1975 (in *Foro it.*, 1976, I, 2859) e successivamente ribadito mediante un sostanziale richiamo alla citata decisione (da ultimo, Cassazione civile, sez. III, 07 febbraio 2006, n. 2529 in *Giust. civ. Mass.* 2006, 2).

In subordine, giova osservare che nella presente causa trova comunque applicazione la CMR anche a prescindere dalle suesposte considerazioni sulla obligatorietà della citata convenzione;

Infatti, per le obligazioni scaturenti dal contratto di trasporto tra stipulato tra il mittente e Giraud – ove non si ritenesse obligatoria la CMR – dovrebbe essere applicata la legge francese, in virtù dell'art. 4 comma 4 della convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti.

Detto articolo impone la presunzione che il contratto di trasporto di merci "presenti il collegamento più stretto col paese in cui il vettore ha la sua sede principale al momento della conclusione del contratto, se il detto paese coincide con quello in cui si trova il luogo di carico o di scarico o la sede principale del mittente". Appare indubitabile che detta legge sia quella francese, in quanto è in Francia il luogo sede dei due contraenti nonché di carico della merce (sulla qualità di vettore in capo a Giraud, cfr. *infra*).

A tal riguardo è noto che – tramontata la teoria del c.d. "rinvio recettizio" – "Dall'art. 15 l. 31 maggio 1995 n. 218, ai cui sensi la legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo, discende che il diritto straniero, operante nell'ordinamento italiano secondo le norme di diritto internazionale privato, deve essere applicato dal giudice italiano avvalendosi di tutti gli strumenti interpretativi posti dall'ordinamento straniero, e quindi nella sua globalità e nella dimensione in cui esso si fa diritto vivente" e che il giudice italiano "è tenuto ad interpretare ed applicare la legge straniera come se fosse un giudice dello Stato cui la legge stessa appartiene, facendo applicazione dei criteri interpretativi generali esistenti in quell'ordinamento e delle rispettive norme sulla gerarchia delle fonti e sull'efficacia della legge nel tempo" (Cassazione civile, sez. I, 26 febbraio 2002, n. 2791, in *Foro it.* 2002, I, 1712; in *Giur. it.* 2003, 479).

Conformemente a tale principio, va osservato (cfr. *supra* punto n. 8) che la Cour de Cassation francese – ai fini dell'applicazione della disciplina della CMR – ritiene sufficienti i presupposti di cui all'art. 1 CMR ("quando il luogo di ricevimento della merce e il luogo previsto per la consegna indicati nel contratto sono situati in due paesi diversi, di cui almeno uno sia par-

te della Convenzione”), e quindi fa diretta applicazione della CMR prescindendo: sia dal richiamo effettuato dalle parti a detta convenzione, sia da una eventuale norma di conflitto di diritto internazionale privato francese.

Nel caso del trasporto in oggetto quindi - contraddistinto da luogo di carico in Francia e luogo di consegna in Italia - l'ordinamento francese farebbe immediata e diretta applicazione della disciplina uniforme dettata dalla CMR.

Conclusivamente quindi - quand'anche si ritenesse non obbligatoria la CMR - la stessa troverebbe comunque applicazione al caso di specie per effetto della sua diretta applicabilità nell'ordinamento francese, legge applicabile ai sensi dell'art. 4 della convenzione di Roma del 1980 di cui all'art. 57 L. 218/95.

In applicazione della CMR - sussiste la giurisdizione di questa A.G..

La CMR all'art. 31 - prevede come criterio di collegamento della competenza giurisdizionale - il luogo di riconsegna della merce, corrispondente nel caso di specie nel territorio italiano.

È noto infatti che sia la l. n. 218 art. 2, comma 1, sia la Convenzione di Bruxelles all'art. 57, sia il Reg. 44/2001/Ce all'art. 71, fanno salva l'applicabilità delle convenzioni plurilaterali in materie specifiche (cfr. in relazione alla CMR, Corte giustizia CE, 28 Ottobre 2004, n. 148 sez. III, Nurnberger Allgemeine Versicherungs AG c. Portbridge Transport International BV, in Giust. civ. 2005, 3 I, 583, App. Trieste 11 settembre 2002, in Riv. dir. intern. priv. proc., 2004, 243, e App. Torino 4 giugno 1984, ivi, 1981, 586).

La giurisdizione della Autorità Giurisdizionale italiana sussiste comunque anche ai fini dell'art. 5 Reg. CE 44/01; che infatti parte attrice ha prospettato domanda risarcitoria sia di natura contrattuale sia di natura aquiliana.

Il citato regolamento identifica: per le controversie *ex contractu*, il “giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita” luogo da identificarsi “nel caso della prestazione di servizi” nel “luogo, situato in uno Stato membro, in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto”: nel caso di specie, il trasporto era destinato a Cortea-lona (PV); “in materia di illeciti civili dolosi o colposi” il giudice del luogo “in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire”: l'odierna controversia discende dal furto avvenuto in Tortona.

Detto ciò, va dichiarata la ritualità della notifica effettuata nella sede di Sainte Eulalie n. 2 Avenue de l'Aquitaine.

Infatti le poste francesi attestano di aver consegnato il plico in data 26.02.07 per l'udienza del 28.9.07, nel rispetto quindi del termine di cui all'art. 163 bis cpc.

Infatti il cambio di sede a Vitry sur Seine venne registrato sul Registro di commercio delle società solamente in data 19.3.07 (doc. 3 fasc. attoreo) e quindi alla data della notifica (26.02.07) detta variazione non era ancora opponibile ai terzi.

L'atto di citazione è stato ritualmente tradotto in lingua italiana, come attestato dall'Ufficiale Giudiziario nella relata di notifica.

Analogamente risultano tradotti i documento attestanti la surroga dell'attrice nei diritti dei danneggiati (doc. 49 att).

Non si ravvisa alcuna opportunità di sospendere il presente giudizio ai sensi dell'art. 28 Reg. CE 44/01, in quanto il procedimento civile pendente davanti al Tribunale di Cognac: non coinvolge né la compagnia attrice, né i convenuti Iozza e Salvati, risultando detto procedimento introdotto da Giraud avverso IB transport e Euro Transport;

La domanda avanzata in quella sede è di garanzia e di manleva di quanto Giraud dovesse essere condannata a pagare in favore dei danneggiati dal furto: è evidente quindi che la causa pendente in Francia è accessoria rispetto alla presente controversia, la cui definizione costituisce un *prius* logico giuridico rispetto alla domanda di garanzia avanzata presso il Tribunale di Cognac.

La mancata identità di parti tra la presente causa e quella pendente presso il Tribunale francese impedisce la sospensione della causa ai sensi dell'art. 7 della L. 218/95 (che postula appunto la pendenza di un giudizio all'estero tra le “stesse parti”).

Detto ciò, vanno analizzate nel merito le singole domande attoree alla luce della CMR.

L'attrice Royal Insurance agisce quale surrogante sia dei diritti del caricatore Corvoiser sia dei diritti del destinatario Domecq nei confronti sia del vettore Giraud Sud sia nei confronti di Iozza e Salvati, soci della società EuroTrans snc a cui venne affidato il (sub)trasporto;

Conseguentemente non assume rilievo la questione dell'adesione del destinatario al contratto di trasporto quale condizione di legittimazione di Domecq ad agire nei confronti dei vettori ai fini dell'art. 13 CMR (Cassazione civile, sez. III, 26 ottobre 1993, n. 10621, in *Dir. maritt.* 1994, 1070): infatti, quand'anche difettesse la legittimazione del destinatario, residuerebbe comunque quella del caricatore Corvoiser nei cui diritti l'attrice si è surrogata (cfr. Corte di Appello di Milano, 13.09.2006, in *Dir. maritt.* 2007, 486).

Il furto del carico non è oggetto di contestazione alcuna ed emerge altresì dal verbale di denuncia di furto presentata da Salvati Laura e redatto dai CC di Tortona in data 10.03.09 (doc. 5 fasc. Avv. Iozza e Salvati), da cui risulta che il conducente lasciò l'automezzo presso il piazzale della ditta APLA alle ore 19,30 del 9.3.04, accorgendosi dell'avvenuto furto del carico alle ore 6,00 del giorno successivo;

Sussiste la colpa grave “equivalente al dolo” (artt. 29 e 32 CMR) dell'addetto al trasporto, incaricato da Eurotrans snc. Infatti dal verbale di denuncia e dall'istruttoria dibattimentale è emerso che il carico fu rubato quando si trovava parcheggiato nelle ore notturne in uno spiazzo sprovvisto sia di sorveglianza, sia di videosorveglianza, chiuso rispetto alla pubblica via con un cancello elettrico comodamente scavalcabile dall'esterno (cfr. foto docc. 43 e 44 att.) nonché suscettibile di agevole apertura dall'interno “senza necessità di chiavi e/o telecomandi”, bensì semplicemente pigiando un pulsante elettrico posizionato in prossimità del cancello e accessibile da chiunque nel citato spiazzo (cfr. teste Repetto).

È noto che la giurisprudenza esclude l'esonero della responsabilità del vettore anche in caso di presenza di sorveglianza (“In caso di furto delle cose trasportate, il vettore, tenuto all'obbligo di custodia non può essere esonerato dalla responsabilità per la perdita delle cose consegnategli per il solo fatto d'essersi avvalso dell'ausilio di terzi che esercitano professionalmente un'attività di vigilanza, ma deve provare che l'opera resa da costoro ha potuto essere a sua volta superata grazie ad un comportamento minaccioso o violento.” (Cassazione civile, sez. III, 16 febbraio 2000, n. 1712 in Giust. civ. Mass. 2000, 350).

Conseguentemente, in ossequio al surriportato orientamento della S.C., nella misura in cui deve escludersi l'esonero della responsabilità vettoriale anche in caso di parcheggio del carico in luogo sorvegliato, *a fortiori* deve affermarsi la responsabilità del vettore nel caso di specie, in cui il carico venne lasciato nelle ore notturne in luogo incustodito.

In particolare sussiste una grave negligenza derivante dal fat-

to che il cancello elettrico del piazzale risultava comodamente apribile da chiunque si fosse introdotto nel piazzale, a seguito di un agevole scavalco del cancello.

È noto che sussiste “il principio del nostro ordinamento, secondo cui, in tema di responsabilità contrattuale, le conseguenze giuridiche della colpa grave sono trattate allo stesso modo delle conseguenze giuridiche proprie della condotta dolosa”, e conseguentemente va esclusa qualsiasi limitazione della responsabilità contrattuale del vettore ai sensi dell’art. 29 CMR (Cassazione civile, sez. III, 16 settembre 1980, n. 5269, in Giust. civ. 1980, I, 2373).

Dalla colpa grave discende altresì il termine triennale di prescrizione ex art. 32 CMR, decorrente dal trentesimo giorno dopo la scadenza del termine convenuto per la consegna.

Detto ciò, va accolta la domanda risarcitoria nei confronti di Giraud sud.

Non è contestato che Giraud Sud abbia incaricato del trasporto che IB Trans srl, la quale incaricò a sua volta Euro-Trans snc di Salvati Laura, società che eseguì materialmente il trasporto durante il quale il carico venne sottratto.

Conseguentemente sussiste la responsabilità di Giraud ex art. 3 CMR, disposizione che prevede la responsabilità del vettore per degli atti e delle omissioni dei dipendenti “e di tutte le altre persone dei servizi delle quali egli si avvale per l’esecuzione del trasporto, quando tali dipendenti o tali persone agiscono nell’esercizio delle loro funzioni”.

Non sussiste dubbio sul fatto che Giraud sud rivesta – nel caso in esame – il ruolo contrattuale di vettore.

Tale conclusione discende dalle seguenti considerazioni: nella richiesta di risarcimento inviata dall’attrice in data 22.6.04 nei confronti di Giraud Sud (doc. 22 att.), l’attrice qualifica la convenuta quale “principal CMR carrier”.

A fronte di detta missiva, Giraud Sud non ha mai contestato – prima del presente giudizio - la propria qualifica di vettore; dal tenore del doc. 36 attoreo emerge indubitabilmente che l’oggetto dell’incarico ricevuto da Giraud sia il trasporto e non già l’organizzazione dello stesso.

In particolare detto documento contiene la conferma di incarico scritto inviata da JF Hillbrand (spedizioniere del caricatore Corvoisier) a Giraud “d’enlever” (cioè di trasportare, prelevare) la merce “pur le compte de JF Hillbrand”.

Il citato documento contiene l’indicazione del “price du transport”, e ciò consente di identificare esclusivamente nel trasporto l’oggetto del contratto tra Hillbrand e Giraud. Va inoltre osservato che di nessuna altra attività diversa dal trasporto è fatta menzione del documento in esame.

Inoltre appare del tutto inverosimile che – accedendo per ipotesi alla ricostruzione offerta da Giraud – lo spedizioniere Hillbrand abbia conferito ad altro spedizioniere (Giraud stessa) l’organizzazione dell’intera e unica tratta (inferiore a mille km, da Jarnac a Pavia), contraddistinta da nessuna difficoltà logistica e dall’assenza di barriere doganali (e cioè di una spedizione che il caricatore Corvoisier ben avrebbe potuto effettuare incaricando direttamente un corriere, senza giovare dell’ausilio di spedizioniere alcuno).

L’incarico conferito da Giraud a IBtrans srl (doc. 3 fasc. Iozza e Salvati) è intestato quale “conferma di noleggio”, ma nessuna delle parti ha mai contestato che tale contratto avesse ad oggetto esclusivamente il trasporto per cui è causa.

Orbene, appare molto significativo che anche il contratto tra Hillbrand e Giraud (doc. 15 fasc. Iozza e Salvati) sia intestato – al pari del contratto tra Giraud e IB trans srl - quale “confirmation d’affrètement” (letteralmente appunto: “conferma di noleggio”);

L’oggetto sociale della Giraud Sud è significativamente quella di “transport routiers de marchandises interurbains” e non già *expeditionnaire* ovvero *commissionnaire de transport*.

Quanto alla figura del *commissionnaire de transport* (indicata da ultimo da Giraud sud come propria attività) va osservato che – nell’ordinamento transalpino - (come emerge dal doc. 39 attoreo proveniente dalla *Direction General de la Mere et des Transport*) è necessario – per svolgere detta attività – essere iscritti nell’apposito registro pubblico tenuto dall’autorità prefettizia: di tale iscrizione non vi è traccia nei documenti di causa.

Che quindi sussiste la responsabilità di Giraud Sud quale vettore della merce trasportata.

Che l’eccezione di prescrizione avanzata da Giraud è tardiva e inammissibile, essendosi la convenuta costituitasi in giudizio solamente alla prima udienza, e quindi oltre il termine di cui agli artt. 166 e 167 II co. cpc.

Che comunque il termine triennale di prescrizione (scadente il 18.04.07, risultando il *dies a quo* il 18.04.04 (30 gg dopo il termine per la consegna, prevista per il 18.03.04)) non è decorso alla data di notifica atto di citazione, avvenuta per tutti i convenuti in data 19.02.07.

Che – passando alla domanda attorea nei confronti di Iozza e Salvati – va osservato che la medesima deve qualificarsi come reclamo extracontrattuale e quindi:

- ove si ritenga applicabile la CMR anche a detta domanda, la notifica della domanda giudiziale a detti convenuti ha interrotto il termine triennale di prescrizione. In relazione a ciò – come osservato da autorevole dottrina - l’art. 28 della CMR attesta che anche reclamo di natura extracontrattuale nei confronti del subvettore per perdita del carico viene disciplinato dalla citata convenzione;

- ove si ritenga applicabile la legge italiana quale legge del luogo dell’evento (furto) ex art 62 L. 218/95, l’azione non sarebbe prescritta applicandosi in tal caso la prescrizione quinquennale tipica del danno aquiliano (art. 2947 cc);

che ciò rende ininfluente – ai fini dell’art. 1310 cc - la questione della allegata mancata estensione ai suddetti Iozza e Salvati dell’effetto interruttivo della messa in mora indirizzata a Giraud Sud, in assenza di vincolo solidale tra i diversi convenuti.

In ogni caso la responsabilità di Eurotrans deriva non già dalla responsabilità *ex recepto* discendente dal contratto di trasporto, bensì sulla specifica condotta gravemente colposa già descritta e provata, consistente nell’aver lasciato il carico incustodito in piazzale non sorvegliato e dove l’accesso era oltremodo agevole per chiunque, al pari dell’apertura del cancello.

Analogamente non ha rilievo l’avvenuto recesso del socio dalla compagine sociale Eurotrans snc, in quanto è noto che il socio di una s.n.c. risponde illimitatamente dei debiti sociali sorti anteriormente al suo recesso ex art. 2290 cc (Cassazione civile, sez. trib., 02 febbraio 2007, n. 2283, in Guida al diritto 2007, 41); nel caso di specie, il furto avvenne in data 10.03.04, a fronte di un recesso dello Iozza del 20.10.04 (doc. 7 fasc. avv. Iozza e Salvati).

Tale responsabilità “non viene meno nel caso di scioglimento della società per la mancata ricostituzione della pluralità dei soci ai termini dell’art. 2272 n. 4 c.c.” (Cassazione civile, sez. III, 05 febbraio 1979, n. 774, in Giust. civ. Mass. 1979, fasc. 2).

Inoltre Salvati Laura ha proseguito in forma individuale l’attività sociale “assumendo tutti i diritti e gli oneri fecenti capo alla società”, come espressamente dichiarato nell’atto di scioglimento della società Eurotrans snc in data 24.04.05 (doc. 9 fasc. avv. Iozza e Salvati).

Nessuna responsabilità può addebitarsi al caricatore per aver indicato genericamente – nei documenti di trasporto – la natura della merce quali “bibite” (boissons) e non già l’esatto contenuto del carico (cognac) (doc. 3 fasc. Iozza e Salvati).

Infatti è noto che “*In tema di trasporto di cose, la mancata indicazione del valore delle medesime da parte del mittente, non autorizza il vettore da una minore diligenza, inferiore a quella normale, nell’esecuzione del contratto, nè può sollevarlo da responsabilità risarcitoria, in caso di perdita od avaria, salvo che deduca e dimostri che quest’ultima sia avvenuta a causa dell’omessa adozione di speciali ed aggiuntive misure di custodia, che avrebbe preso ove fosse stato informato di detto valore.*” (Cassazione civile, sez. III, 17 gennaio 1983, n. 359 in Foro it. 1983, I, 1943). Nessuna prova in tal senso è stata offerta da Iozza e Salvati. Inoltre la “*conferma di trasporto*” dell’8.3.04 ricevuto e prodotto da Iozza e Salvati (doc. 4), individua il caricatore in “*Corvoiser SA*”, società conosciuta a livello planetario come specifica produttrice di distillato cognac e non già di altre bevande di minor pregio commerciale.

Anche la denominazione stessa del destinatario (Allied Domecq Spirits & Wine Italia spa) non poteva che confermare la natura preziosa del carico.

Dichiarata quindi la responsabilità di tutti i convenuti in merito alla perdita del carico, va affrontata la questione della quantificazione del danno.

Quest’ultimo deve essere quantificato in Euro 125.062,67 pari all’indennizzo assicurativo (doc. 15 att.) versato da Royal in favore del caricatore Corvoiser, surrogandosi così nei diritti di quest’ultimo, a sua volta già surrogatosi nei diritti del destinatario Domecq.

I convenuti Iozza e Salvati hanno contestato detto ammontare, pari al valore della merce riaccreditato da Corvoiser a Domecq con surroga nei diritti di quest’ultima (cfr. fatture doc. 5-6 e docc. 12-13 att.) e dell’accisa (cfr. doc. 7-11 att.) detratta la franchigia, unicamente allegando l’applicabilità dei limiti risarcitori prescritti dalla CMR (pag. 3 mem. dep. 11.01.08), limiti che però non sono utilizzabili nel caso di specie, attesa la sussistenza della colpa grave ex art. 29 CMR. Analogamente, quanto all’eccezione fondata sull’art. 27 CMR in forza del quale gli interessi sarebbero dovuti solo sull’indennità calcolata secondo i criteri della CMR stessa, con conseguente impossibilità di richiedere gli interessi sull’accisa versata allo Stato, l’assunto non ha pregio.

Infatti la sussistenza della colpa grave ex art. 29 CMR comporta l’impossibilità di avvalersi di ogni disposizione limitativa della responsabilità del vettore ex art. 28 CMR: risultando documentale il versamento dell’accisa in relazione al carico di alcolici rubato (cfr. mod. F24, doc. 10 att.), tale depauperamento patrimoniale costituisce danno integralmente risarcibile.

Va ricordato che “*l’art. 34 della convenzione di Ginevra relativa al contratto di trasporto internazionale di merci su strada, resa esecutiva con legge 1621-60, il quale prevede la responsabilità solidale di tutti i vettori impegnati nel trasporto trova applicazione quando il trasporto sia regolato da un unico contratto alla cui esecuzione partecipino successivi vettori e non nella diversa fattispecie in cui il vettore si avvalga per la esecuzione del contratto di altro vettore con il quale stipuli un diverso contratto di subtrasporto*” (Cassazione civile, sez. III, 21 gennaio 1995, n. 698, in Giust. civ. Mass. 1995, 122, idem Cass. n. 4728 del 1992 in Riv. giur. circol. traspo. 1992, 676).

Anche ai sensi della legislazione italiana non sussiste obbligazione solidale risarcitoria tra vettore e subvettore (Cassazione civile, sez. III, 07 agosto 1996, n. 7247, in Giust. civ. Mass. 1996, 1125).

Quindi non è prospettabile la solidarietà passiva tra Giraud sud (vettore) da una parte e Iozza e Salvati (soci della società subvettoriale Eurotrans) dall’altra parte, in relazione alle obbligazioni risarcitorie gravanti sugli stessi.

Sia su Giraud sia su Eurotrans grava la responsabilità dell’intero danno patito, discendendo la rispettiva responsabilità da titoli tra loro diversi.

Parte attrice ha chiesto (anche) la condanna dei convenuti in via alternativa.

Consequentemente l’attrice avrà diritto ad essere risarcita per l’intero (Euro 125.062,67) alternativamente da Giraud Sud ovvero da Iozza Francesco e Salvati Laura (questi ultimi due in solido tra loro e in qualità di soci di Eurotrans snc).

La condanna di più soggetti, in via alternativa, al pagamento della stessa somma è ammessa dal nostro ordinamento (Cassazione civile, sez. I, 27 luglio 1992, n. 9007 in Giust. civ. Mass. 1992, fasc. 7): conseguentemente l’obbligazione risarcitoria potrà essere adempiuta e quindi estinta (anche per l’intero) per mezzo del pagamento effettuato indifferentemente da ognuno degli odierni convenuti.

A ciò andranno aggiunti gli interessi legali e la rivalutazione monetaria dalla data del sinistro (10.3.04) fino alla data odierna, risultando il diritto derivante dalla surroga assicurativa un credito di valore (Cassazione civile, sez. III, 11 giugno 1994, n. 5683), oltre interessi legali su detta somma dalla data odierna al saldo.

La domanda di manleva avanzata da Giraud è tardiva e perciò inammissibile.

Infatti alla domanda avanzata da un convenuto nei confronti di un altro convenuto deve applicarsi la disciplina prevista per la domanda riconvenzionale, con conseguente necessità di costituzione in giudizio 20 gg prima dell’udienza ex artt. 166 e 167 II co. cpc (in tal senso cfr. Cass. 12 novembre 1999 n. 12558, in Giust. civ. Mass., 1999, 2235; Tribunale Lucca, 14 gennaio 2002, in Giur. merito 2002, 1219 con nota di richiami; Trib. Milano, 19 giugno 1997, in Giur. it., 1998, 269).

Detto ciò va osservato che Giraud si è costituita in giudizio direttamente alla prima udienza ex art. 266 cpc, con conseguente tardività e inammissibilità della domanda avanzata nei confronti Iozza e Salvati.

In subordine, quand’anche si ritenesse applicabile alla domanda tra convenuti la disciplina della chiamata di terzo ex art. 269 comma II cpc (Trib. Torino, 16 marzo 1999, in Giur. it., I, 1999, 2290), vale osservare che Giraud non ha chiesto lo spostamento di udienza ex art. 269 cpc: ne conseguirebbe comunque la decadenza dalla relativa domanda.

Diversamente, la domanda di manleva avanzata da Iozza e Salvati nei confronti Giraud fondata sull’allegata omessa comunicazione del contenuto del carico, deve essere respinta nel merito, per le medesime osservazioni effettuate ai fini del rigetto dell’eccezione svolta da Iozza e Salvati nei confronti dell’attore. Le spese seguono la soccombenza, come da dispositivo.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando (...*Omissis*...) così provvede: condanna Giraud Sud sas ovvero in alternativa Laura Salvati e Francesco Iozza (questi ultimi due in solido tra loro) al pagamento, in favore di Royal & Sun Alliance Insurance plc, della somma di Euro 125.062,67, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dal 10.3.04 ad oggi, oltre interessi legali su detta somma dalla data odierna al saldo; condanna Giraud Sud sas, Laura Salvati e Francesco Iozza, alla rifusione – in solido tra loro – in favore di Royal & Sun Alliance Insurance plc delle spese del presente procedimento.

Massime

Tribunale di Albenga, 3 giugno 2009 – Giudice Unico Princiotta – Inverso (Avv. Cascino) c. Condominio Eleonora (Avv. Ramò).

COMUNIONE e condominio – amministratore condominiale – pendenza di procedimento per la nomina di nuovo amministratore – assemblea di condominio – conferma dell'amministratore in carica – validità.

(Artt. 1129 e segg. c.c.)

Pure nella pendenza di giudizio per la revoca dell'amministratore di condominio, non sussistono motivi per cui l'assemblea non possa, con la maggioranza prevista dall'art. 1136 c.c., confermare l'amministratore in carica che, se anche non ha convocato per oltre due anni l'assemblea, ha comunque regolarmente amministrato il condominio ed ha provveduto agli adempimenti di competenza.

RO.NE.

Tribunale di Albenga, 15 giugno 2009 – Giudice Unico Princiotta – Del Ga. Ba. Costruzioni Sas (Avv. Gallea) c. Condominio Box alla terrazza (Avv. Mastrogiorgio).

COMUNIONE e condominio – mancato avviso al condomino di convocazione assembleare – delibera – conseguenze – annullabilità.

(Artt. 1136 c. c.; 66 disp. att. c. c.)

COMUNIONE e condominio – impugnazione delibera condominiale – forma – termini.

(Art. 1137 c. c.)

La mancata comunicazione a taluno dei condomini dell'avviso di convocazione dell'assemblea condominiale comporta non la nullità, ma l'annullabilità della delibera condominiale stessa, perché, se non impugnata nel termine di trenta giorni previsto dall'art. 1137, terzo comma, c.c., e decorrente, per i condomini assenti dalla sua comunicazione e per i dissenzienti dalla sua approvazione, è valida ed efficace nei confronti di tutti i partecipanti al condominio.

(Conf.: Cass., S.U., 7 marzo 2005, n. 4806).

La impugnazione di delibera condominiale può essere ritualmente introdotta con ricorso ai sensi dell'art. 1137 c.c. da depositarsi entro trenta giorni, decorrenti dalla data di ricevimento del verbale assembleare da parte del condomino assente.

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 12 febbraio 2007, n. 468 – Giudice Unico Caiazza – Simonassi (Avv.to Forgiione) c. Arced S.r.l. (Avv.ti Bancheri e Cassini) e c. Trasmatic S.r.l. (Avv.ti Camerieri e Molza).

CONTRATTO in genere – prestazione d'opera – inadempimento – onere probatorio gravante sull'attore – insufficienza di prove – reiezione domanda attorea.

(Art. 1218 c.c.)

Nell'ambito di un contratto a prestazioni corrispettive ciascuna obbligazione dedotta trova la propria disciplina nel disposto dell'art. 1218 c.c., ai sensi del quale il debitore, qualora non riesca a provare che l'inadempimento o il ritardo nell'esecuzione della prestazione siano stati determinati da impossibilità derivante da causa a lui non imputabile, è tenuto al risarcimento del danno cagionato. Tale presunzione di colpa, tuttavia, non esonera il creditore dal provare l'inadempimento del debitore e pertanto, nel caso si tratti di un contratto avente ad oggetto una prestazione corrispettiva e si assuma che la stessa sia affetta da vizi, è necessario dimostrare la sussistenza di questi ultimi. Pertanto un'insufficiente allegazione probatoria in merito alla sussistenza del nesso eziologico intercorrente tra la condotta del debitore ed il danno comporta il rigetto della domanda attorea di risarcimento.

(Nel caso di specie, un'autovettura aveva subito ripetuti guasti al cambio ed era stata perciò sottoposta a molteplici interventi di riparazione, senza tuttavia che la cause degli inconvenienti fossero risolte. Poiché, però, dopo ciascun intervento l'autovettura aveva a lungo viaggiato regolarmente, il Tribunale ha ritenuto che la presunzione semplice dell'esistenza di un nesso eziologico tra i suddetti interventi meccanici ed i guasti fosse troppo debole per ritenersi assolto l'onere probatorio: infatti l'intervallo di tempo tra gli interventi di riparazione e il successivo manifestarsi dei problemi alla vettura era di tale ampiezza da rendere tale presunzione poco incisiva sul piano probatorio e dunque, non essendo state fornite prove in concreto che i guasti fossero dipesi da vizi dell'opera e non da cause diverse, la domanda attorea è stata rigettata).

F. RPT.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 17 gennaio 2008, n. 239 – Giudice Unico Silvestri – Salvadori (Avv.ti Canepa, di Salvo) c. Bergonzi (Avv. Palli) e c. Salata (Avv. Chiti) e c. Salata (convenuta contumace).

CONTRATTO in genere – simulazione relativa – prova per testimoni – inammissibilità nel caso in cui la prova sia dedotta da una delle parti del negozio simulato.

(Artt. 1414 ss.; 2722 ss. c.c.)

In tema di simulazione di un contratto di compravendita immobiliare la prova per testi soggiace a limitazioni diverse a seconda che si tratti di simulazione assoluta o relativa. Nel primo caso, infatti, l'accordo simulatorio, pur essendo riconducibile ai patti per i quali opera il divieto di cui all'art. 2722 c.c., non rientra tra gli atti per i quali è richiesta la forma scritta "ad substantiam" o "ad probationem" di cui all'art. 2725 c.c., avendo esso natura ricognitiva dell'inesistenza del contratto apparentemente stipulato, sicché la prova testimoniale è ammissibile in tutte e tre le ipotesi contemplate dall'art. 2724 c.c.. Nel caso di simulazione relativa, invece, occorre distinguere due casi. Se la domanda è proposta da creditori o da terzi, estranei al negozio e dunque impossibilitati a procurarsi controdedichiarazioni scritte, non possono farsi valere le limitazioni attinenti alla prova per testi e per presunzioni. Qualora invece la domanda sia proposta dalle parti o dagli eredi, la prova per testi, diretta a dimostrare l'esistenza del negozio dissi-

mulato, del quale quello apparente deve rivestire il necessario requisito di forma, è ammessa solo nell'ipotesi di cui al n. 3 dell'art. 2724 c.c., cioè qualora il contraente abbia senza colpa perso il documento, ovvero quando la prova sia diretta a fare valere l'illiceità del negozio.

(Nel caso di specie, veniva richiesta la declaratoria di nullità dell'atto pubblico di vendita immobiliare stipulato tra l'attrice e il di lei figlio, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1414 c.c.. Si esprimeva infatti che il prezzo della vendita non era stato in realtà mai pagato e che dunque si trattava di una mera interposizione fittizia; pertanto, in seguito al decesso del figlio – apparente acquirente – tale bene non sarebbe potuto entrare a far parte dell'asse ereditario del de cuius, non essendo di sua proprietà. Parte attrice aveva quindi richiesto l'ammissione della prova testimoniale in merito alla volontà del figlio di far permanere in capo a lei la proprietà dell'immobile: il Giudice ha però ritenuto inammissibile tale capitolo di prova per i motivi di cui in massima. Poiché inoltre gli altri capitoli di prova dedotti sono stati ritenuti irrilevanti ai fini della decisione, la domanda di simulazione è stata respinta, non essendo stata fornita la prova della natura simulatoria dell'atto di vendita).

F.RPT.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 8 febbraio 2008, n. 597 – Giudice Unico Bonino – Danese (Avv. ti Soragni, Terenziani, Storaci) c. Regione Liguria (Avv. ti Castagnoli, Crovetto) e c. A.S.L. 3 di Genova (Avv. Tacci) e c. Azienda Ospedaliera Ospedale S. Martino di Genova (Avv. U. Carassale).

CONTRATTO in genere – natura contrattuale dell'obbligazione dei medici dipendenti di enti ospedalieri nei confronti dei pazienti – termine di prescrizione decennale – individuazione del dies a quo ai fini della decorrenza.

(Artt. 2946, 2947 c.c.)

L'ente ospedaliero risponde a titolo contrattuale per i danni subiti dal privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica da parte dei medici dipendenti dell'ente stesso. Gli stessi medici rispondono nei confronti del paziente in via contrattuale e ciò in quanto, pur non essendo stato direttamente stipulato con il paziente un contratto di prestazione d'opera professionale, è possibile ravvisare la fonte dell'obbligazione nel cd. contatto sociale, atteso che a quest'ultimo si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura diretti a garantire che siano tutelati interessi rilevanti ed esposti a pericolo in occasione del contatto stesso, tanto più venendo in rilievo un bene costituzionalmente garantito quale è quello alla salute ex art. 32 Cost.. Da tutto ciò consegue che il termine prescrizione per agire contro il medico dipendente ospedaliero è quello decennale ex art. 2946 c.c. e non quello quinquennale ex art. 2947 c.c.. Inoltre il dies a quo per il calcolo del termine di prescrizione coincide non con quello in cui il danneggiato abbia avuto concreta conoscenza del nesso causale tra la condotta e il danno, bensì con quello in cui egli avrebbe potuto averne conoscenza usando l'ordinaria diligenza.

(Nel caso di specie, era stato richiesto il risarcimento del danno alla salute e di quello morale a seguito del contagio da epatite C dovuto alle trasfusioni a cui l'attore era stato sottoposto nel corso delle cure di un grave linfoma. Poiché la domanda di risarcimento del danno era stata avanzata per la prima volta nel gennaio 2002, il termine di prescrizione era stato regolarmente interrotto entro dieci anni dal giorno in cui la diagnosi di epatite C era stata formulata con certezza dai medici, ossia nel marzo 1993. La richiesta risarcitoria viene tuttavia respinta dal Tribunale poiché non viene ravvisata alcuna condotta colpevole dei sanitari dell'Ospedale San Martino nella raccolta e somministrazione di sangue all'attore, posto che al-

l'epoca non era ancora in uso la determinazione dell'anticorpo per il virus C dell'epatite e dunque non erano ancora possibili gli screening durante la raccolta di sangue per verificare l'assenza del virus. Infatti solo a partire dal 1988, cioè circa due anni dopo le trasfusioni in oggetto, vennero approntati i test diagnostici per verificare la composizione del sangue: nessuna imperizia o negligenza poteva quindi essere imputata ai sanitari del San Martino, a maggior ragione dal momento che l'attore, grazie alle loro cure, era potuto guarire da un gravissimo linfoma).

F. RPT.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 8 febbraio 2008, n. 605 – Giudice Unico Casale – Borzone (Avv. Bottegal) c. Verri (Avv. U. Carassale) e c. Azienda Ospedaliera San Martino (Avv. U. Carassale).

CONTRATTO in genere – domanda di declaratoria di nullità del contratto d'opera intellettuale per mancanza di valido consenso del paziente – non invocabilità della responsabilità per culpa in contrahendo dopo la stipula di un contratto valido ed efficace – reiezione della domanda attorea.

(Artt. 1337, 1338, 1418 c.c.)

La violazione del dovere di buona fede in sede di stipulazione del contratto, che può ricorrere anche nel caso di omessa comunicazione di circostanze significative rispetto all'economia del contratto e che può dar luogo a responsabilità precontrattuale ex artt. 1337, 1338 e 1427 c.c., non può essere dedotta a fondamento della domanda di nullità del contratto ex art. 1418 c.c. né di sua risoluzione ex art. 1453 c.c., attendendo detti comportamenti ad elementi estranei alla fattispecie negoziale in senso stretto, che pertanto rimane valida, salva espressa previsione legislativa.

Infatti la prevalenza degli interpreti, sia in dottrina sia in giurisprudenza, ritiene non invocabile la responsabilità per culpa in contrahendo dopo che le parti abbiano concluso un contratto valido ed efficace, fatta salva la particolare ipotesi dell'art. 1440 c.c..

(Nel caso di specie, era stato citato in giudizio un medico in quanto questi si sarebbe limitato a descrivere le modalità dell'intervento e le sue difficoltà e ad indicare la necessità di effettuare un'accurata ri-educativa, senza però fare alcun cenno alle possibili complicazioni post-operatorie, tra le quali quella consistente in un'evoluzione artrosica delle articolazioni metatarso-falangee degli alluci, poi in seguito effettivamente diagnosticata all'attrice. Era stata così chiesta la declaratoria di nullità del contratto stipulato con il medico operante e la sua conseguente condanna alla ripetizione di tutte le somme esborsate dall'attrice per l'intervento ed il ricovero in clinica in regime di intra moenia. Chiedeva altresì l'attrice il risarcimento del danno biologico, oltre che di quello patrimoniale emergente per le spese mediche sostenute. Il Giudice ha però respinto integralmente le domande attoree per i motivi di cui in massima, riconoscendo che, anche alla luce dell'esperienza CTU, l'intervento era stato eseguito in maniera corretta e che le attuali condizioni invalidanti dell'attrice non erano riconducibili né connesse all'operazione in sé bensì all'età e che dunque esse si sarebbero comunque verificate nel tempo. Era pertanto del tutto irrilevante che l'attrice fosse stata edotta o meno circa gli eventuali esiti peggiorativi dell'operazione, posto che comunque tali esiti non erano in alcun modo da ricondursi alla condotta del medico. Quanto al richiesto danno biologico, il Giudice afferma che il suo risarcimento postula non solo un'informativa carente bensì anche l'individuazione di un nesso causale immediato e diretto con l'atto medico ai sensi dell'art. 1223 c.c., nella specie del tutto inesistente).

F. RPT.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 26 gennaio 2009 n. 378 – Giudice Unico Acampora – C.A. (Avv. Callegaris) c. A.B. (Avv. Spagliardi).

CONTRATTO in genere – prestazione d'opera intellettuale – prestazione di assistenza didattica – responsabilità del prestatore d'opera – fornitura strumenti didattici – inadempimento – non sussiste.

(Artt. 2230, 1218, 1176 comma 2 c.c.)

CONTRATTO in genere – prestazione d'opera intellettuale – prestazione di assistenza didattica – contratto a favore di terzo – carenza di legittimazione attiva – non sussiste

(Artt. 2230 e 1411 c.c.)

Con riguardo al contratto di prestazione di assistenza didattica stipulato tra il prestatore d'opera intellettuale e il suo cliente, qualora si accerti che il mancato raggiungimento del risultato utile promesso non sia imputabile a negligenza del prestatore d'opera per avere fornito gli strumenti didattici garantiti al momento della conclusione del contratto, lo stesso non incorre nella violazione dell'art. 1218 c.c. in virtù del quale il contratto può essere risolto per l'inadempimento del debitore. (Nella specie il Tribunale ha respinto la domanda di risoluzione per inadempimento del contratto di assistenza didattica stipulato tra un Istituto privato e una madre a favore del figlio in quanto l'Istituto ha provato la diligente messa a disposizione dei mezzi didattici per consentire allo studente di raggiungere l'obiettivo prefissato).

Il contratto avente ad oggetto la prestazione di assistenza didattica può essere stipulato a favore di terzo non rilevando la natura e il contenuto della prestazione da rendersi al terzo bensì l'interesse dello stipulante, ancorché di qualsiasi natura. (Nella specie il Tribunale ha respinto l'eccezione di carenza di legittimazione attiva della stipulante ritenendo che l'interesse della stessa risultava dall'aver sottoscritto il contratto di assistenza didattica a favore del proprio figlio e di aver effettuato i relativi pagamenti.).

FR.RIC.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 7 giugno 2006, n. 2141 – Giudice Unico Zuccolini – E. M. M. (Avv. Ballerini e Vano) c. Ministero dell'Interno (Avvocatura Distrettuale dello Stato) e c. Prefettura della Provincia di Genova (contumace).

DANNI in materia civile – risarcimento del danno da ingiusta detenzione – applicabilità del criterio equitativo – criterio di liquidazione.

(Art. 2059 c.c.)

La liquidazione del danno ex art. 2059 c.c. nel caso di detenzione ingiusta, laddove è evidente che l'attore abbia subito danni ingiusti in quanto i provvedimenti di espulsione e di trattenimento hanno inciso sui diritti fondamentali della libertà individuale e della libera circolazione, va effettuata in via equitativa. Tale valutazione tiene conto sia della durata del trattenimento presso i luoghi in cui vengono eseguite le misure restrittive della libertà personale, sia del criterio elaborato dalla giurisprudenza in materia di indennizzo per l'ingiusta detenzione (pari a circa € 235,00 al giorno: criterio formulato in base al rapporto tra il massimo dell'indennizzo liquidabile ex art. 315, comma 2, c.p.p. e il massimo della custodia cautelare ex art. 303, comma 4, lett. c, c.p.p.; cfr. Cass. pen. n. 8839/2005). Tale criterio di calcolo non

fa però riferimento al risarcimento del danno bensì solo ad un indennizzo e ciò in quanto il pregiudizio considerato è conseguente ad una condotta che è conforme all'ordinamento, anche se produttiva di danno, e non invece illegittima come nel caso de quo: pertanto l'importo ottenuto tramite l'applicazione di detto criterio deve essere raddoppiato.

(Nel caso di specie, un cittadino marocchino, munito di regolare permesso di soggiorno, si era visto notificare il decreto di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno nonché il decreto di espulsione dal territorio italiano, con contestuale ordine di trattenimento presso un Centro di detenzione in attesa dell'accompagnamento coatto al paese d'origine. Era stato quindi trattenuto in cella per 36 ore e poi tradotto presso il Centro di detenzione temporanea di Restinco, a Brindisi, ove era stato trattenuto per 30 giorni. Successivamente era stato rimpatriato coattivamente in Marocco, dove era stato trattenuto in cella per ulteriori 56 ore prima di essere scarcerato allorché il Tribunale di Brindisi aveva ritenuto la manifesta illegittimità, per eccesso di potere e violazione di legge, del decreto di espulsione opposto e ne aveva così ordinato la revoca).

F. RPT.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 5 febbraio 2008, n. 542 – Giudice Unico Bonino – Consorzio del Prosciutto di Parma (Avv. Abrati e Spreafico) c. A. Z. (contumace).

DANNI in materia civile – tutela del marchio "Prosciutto di Parma" – danno alla reputazione e all'immagine del Consorzio – sussistenza.

(L. 26/1990; artt. 2043 e 2059 c.c. e 185 c.p.)

Data la protezione legale del marchio e della denominazione "Prosciutto di Parma", il fatto di commercializzare per tale un prodotto diverso è fonte di un danno ingiusto ex artt. 2043–2059 c.c. e 185 c.p. e come tale obbliga al risarcimento del danno in favore del Consorzio che tutela proprio la genuinità e la qualità del prosciutto di Parma perché, inducendo il consumatore a comprare un prodotto che ha caratteristiche diverse e, con tutta probabilità, di minor pregio, lo ha tratto in errore sulle caratteristiche che il Consorzio è chiamato per legge a tutelare, potendo anche un ente collettivo risentire di un danno non patrimoniale sotto forma di pregiudizio alla reputazione, al prestigio e all'immagine. (Nella specie, il Giudice ha ritenuto la condotta della commerciante, già condannata per il reato di cui agli artt. 515 e 517-bis c.p., fonte di danno non patrimoniale risarcibile in via equitativa) (1-2).

Nota redazionale:

(1) La norma di riferimento per la Tutela della denominazione di origine «Prosciutto di Parma», L. 13 febbraio 1990, n. 26, in G. U. 20 febbraio 1990, n. 42, il cui art. 7 – Norme di garanzia –, dispone che:

«1. È vietato porre in vendita e comunque immettere al consumo prosciutto non tutelato recante, sul prodotto, sulle confezioni sugli imballaggi, sugli involucri, sulle etichette e simili, nonché sui documenti comunque riferentisi al prodotto, indicazioni idonee ad ingenerare confusione con il prosciutto di Parma o rivendicare le qualità tipiche di esso.

2. È comunque vietato per il prosciutto non tutelato:

a) utilizzare la denominazione «prosciutto di Parma» nonché qualsiasi altra denominazione o indicazione contenente o facente riferimento al nome «Parma» nonché a qualsiasi altro nome di comune compreso nella zona tipica di cui al precedente articolo 2; b) utilizzare espressioni quali «tipo Parma», «stagionato a Parma», anche se riferite ad altri comuni della zona tipica, ov-

vero quali «stagionato nella zona tipica», «lavorazione alla parmigiana» e simili;

c) utilizzare nell'indicazione della sede dell'impresa produttrice o dello stabilimento di produzione, i nomi dei comuni della zona tipica con caratteri di dimensioni superiori a quattro millimetri di altezza e a tre millimetri di larghezza, nonché utilizzare, nell'indicazione della provincia, il nome «Parma», in luogo del quale dovrà essere utilizzata la sigla «PR»;

d) utilizzare segni grafici, timbri, sigilli e simili che per ubicazione, colore, grandezza e tipo di caratteri possano trarre in inganno gli acquirenti ed i consumatori con riferimento al prodotto tutelato ed alle qualità di esso».

(2) In tema di tutela del marchio «Prosciutto di Parma», con riferimento al reato di frode nell'esercizio del commercio, si segnala Cass., sez. III, 4 dicembre 2003, in *Foro It.*, Rep. 2004, voce *Frode in commercio*, n. 10, secondo cui «in materia alimentare, anche dopo la trasformazione in illecito amministrativo delle sanzioni previste dalla l. 13 febbraio 1990 n. 26 sulla tutela della denominazione d'origine «prosciutto di Parma», la consegna di un diverso tipo di prosciutto integra il delitto previsto dagli art. 515 e 517-bis c.p., in quanto la disposizione codicistica ha come oggetto la tutela del leale esercizio del commercio e conseguentemente l'interesse del consumatore a non ricevere una cosa diversa da quella richiesta, così come quello del produttore a non vedere i propri prodotti scambiati surrettiziamente con prodotti diversi». Già Cass., sez. III, 17 maggio 2001, in *Foro It.*, 2001, II, 444, aveva statuito che «integra il reato di frode in commercio la vendita, da parte del titolare di un negozio di generi alimentari, di un etto di prosciutto crudo non di Parma come «prosciutto di Parma». Peraltro, secondo T. Parma, 15 gennaio 1999, in *Giur. dir. ind.*, 1999, 856, «la legge sulla tutela della denominazione d'origine del «prosciutto di Parma» non vieta l'associazione del toponimo «Parma» al prodotto «prosciutto cotto»».

Francesca Bartolini

Tribunale di Genova, sez. II civ., 8 febbraio 2008, n. 591 – Giudice Unico Viazzi – R.B. (Avv. Tortorelli) c. Ministero della Salute (Avvocatura distrettuale dello Stato) e Azienda U.S.L. Spezzina (Avv. Veneri).

DANNI in materia civile – danni da trasfusione e contagio – responsabilità Ministero della Salute – nesso di causalità – esclusione.

(Artt. 2043 e 2050 c.c.)

Per le infezioni da HCV contratte in epoca anteriore a quando fossero state acquisite conoscenze scientifiche sulla certezza diagnostica di tali infezioni, attraverso il controllo della sieropositività e la messa a punto dei meccanismi immunologici atti ad impedire il contagio tramite le emotrasfusioni e l'assunzione di emoderivati – acquisite tra il 1988 e il 198 –, non appare configurabile alcuna responsabilità del Ministero della Salute, sia sotto il profilo della colpevolezza sia con riferimento al nesso causale tra asserite omissioni e contagio (Nella specie, il Giudice non ha ravvisato alcuna responsabilità in capo al Ministero della Salute nella domanda di risarcimento proposta dall'attore per i danni derivanti da contagio in seguito a trasfusioni avvenute nel 1985, epoca in cui il virus HCV era ancora sconosciuto).

C.GIA.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 3 novembre 2009 (R.G. n. 9684/06) – Giudice Unico Gibelli – M. (Avv. Starita) c. Fondo di Garanzia Vittime della Strada (Avv. Ceino) e c. P. (appellato contumace).

DANNI in materia civile – sinistro stradale – termine di prescrizione – dies a quo – tardività del creditore – principio di diligenza e buona fede.

In materia di prescrizione, deve farsi riferimento al principio di diligenza e di buona fede in sede di valutazione della tardiva iniziativa del creditore nei confronti del debitore, attribuendo prevalenza alla supposta impossibilità giuridica fino a che detta supposizione appaia esente da profili di negligenza, ossia fino a che la mancata azione verso il debitore corrisponda ad una condotta non riconducibile alla tolleranza di un mancato adempimento (in senso conforme, ex plurimis, Cass., sez. lavoro, 18/09/2007, n. 19355; Cass., sez. II, 27/07/2007, n. 16658; App. Genova, sez. I, 14/06/2007). (Nel caso di specie, il Tribunale di Genova, in composizione monocratica, giudicando sull'appello avverso una sentenza pronunciata dal Giudice di Pace di Genova, ha ritenuto maturato il termine biennale di prescrizione nei confronti del FGVS, in quanto l'appellante, danneggiato nel sinistro stradale, non aveva agito tempestivamente nei confronti del Fondo dopo essere stato edotto, anche documentalmente, dall'UCI, convenuta in primo grado, circa il fatto che il veicolo del danneggiante non fosse in realtà coperto da alcuna polizza assicurativa, poichè egli aveva rammostrato all'attore una carta verde falsa, inducendolo in errore. Il Giudice ha pertanto ritenuto che il termine di prescrizione dovesse decorrere a far data dell'effettiva conoscenza dell'insussistenza della garanzia assicurativa, dopo la quale l'assenza di ogni iniziativa nei confronti del FGVS assumeva il significato di inerzia abdicativa all'esercizio del proprio diritto e, in quanto tale, idonea al decorso della prescrizione).

F. RPT.

Tribunale di Genova, sez. lav., ordinanza su riserva assunta il 26 gennaio 2009 – Giudice Scotto – Amodeo (Avv. Pini) c. Di Costa (Avv. Buffa).

DIRITTO processuale civile – rito del lavoro – notifica del ricorso e del decreto oltre il termine di dieci giorni ex art. 415, 4 comma c.p.c. – rispetto delle norme sulla notificazione – rispetto del termine per la comparizione – nullità dell'atto – esclusione.

(Artt. 415 c.p.c.).

La notifica dell'atto introduttivo del giudizio e del relativo decreto effettuata oltre il termine di dieci giorni previsto ex art. 415, 4 comma c.p.c. non comporta l'invalidità dell'atto, ma l'irregolarità dello stesso, laddove risultino rispettate le norme relative alla notifica di cui agli artt. 137 e ss. c.p.c. ed il termine a comparire di cui all'art. 415, 5 comma c.p.c.

BA.GMB.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 11 novembre 2008, n. 4185 – Giudice Unico Giordano – E. T. e M. C. (Avv. Bregliano) c. M. B., M. B. e G. B. (Avv. De Gregori).

DISTANZE LEGALI – violazione – demolizione opera abusiva.

Poichè la ratio delle norme che impongono il rispetto di distanze minime tra costruzioni consiste nell'evitare il formarsi di intercapedini dannose tra gli edifici stessi, tali norme devono applicarsi unicamente in caso di edifici che si fronteggino.

Due edifici sorgenti su lati opposti rispetto alla linea di confine possono dirsi frontistanti soltanto quando l'avanzamento ideale di

una o di entrambe le facciate porti al loro incontro, sia pure per un limitatissimo segmento.

(Conformi: Cass. n. 4337/1979; Cass. n. 5892/1995; Cass. n. 5332/2000)

(F. BGN.)

Tribunale di Albenga, 14 aprile 2009 – Giudice Unico Princiotta – Banca di Credito Cooperativo di Alba, Langhe e Roero S. C. a R. L. (Avv.ti Allegri e Colantuoni) c. La Sirena S. a. s. (contumace).

ESECUZIONE forzata – pignoramento presso terzi – accertamento dell’obbligo del terzo – mancata risposta all’interrogatorio formale – prova dell’esistenza del credito – sussistenza.

(Artt. 116, 232 e 548 c.p.c.)

Ai fini dell’accertamento dell’obbligo del terzo ai sensi dell’art. 548 c.p.c., deve ritenersi fondata l’esistenza del credito in base al fatto che nessuno dei convenuti, tra l’altro contumaci, si sia presentato a rendere l’interrogatorio formale, in quanto la valutazione, ai sensi dell’art. 232 c.p.c., della mancata risposta all’interrogatorio formale rientra nell’ampia facoltà del giudice di merito di desumere argomenti di prova dal comportamento delle parti nel processo, anche a norma dell’art. 116 c.p.c..

(Conf. : Cass., sez. 2, 22 luglio 2005, n. 15389)

RO. NE.

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 10 giugno 2009, n. 2259 – Giudice Unico Parentini – Idili (Avv. Gallina) c. Omodeo Salè (Avv.ti G. e L. Buffa).

FAMIGLIA (regime patrimoniale della) – miglorie – rimborso – insussistenza.

(Art. 143 c.c.)

SEPARAZIONE di coniugi – compossesso – indennità per miglioramenti e addizioni – momento della restituzione della cosa – sussistenza.

(Art. 1150 c.c.)

Dalla disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi ne discende che, in caso di separazione, le spese sostenute da uno dei coniugi per la sistemazione della casa coniugale, di proprietà dell’altro coniuge, assegnatario dell’abitazione, sono riconducibili alle contribuzioni ai “bisogni della famiglia” e in relazione alle stesse non è conseguentemente ammesso rimborso reciproco.

La domanda del coniuge (compossessore) finalizzata ad ottenere l’indennità di cui all’art. 1150, 2° comma c.c., in relazione all’incremento di valore del bene personale di proprietà dell’altro coniuge, non potendosi giustificare nel momento della crisi coniugale l’arricchimento conseguito dal coniuge proprietario, è da accogliersi nella misura in cui le miglorie sussistano ancora al momento della restituzione, ossia nel momento in cui verrà meno l’assegnazione e il godimento dell’abitazione in favore del figlio minore e del coniuge collocatario. (Nel caso di specie il Tribunale ha rigettato la richiesta di indennità per le miglorie apportate alla casa coniugale formulata dal coniuge sul presupposto che l’assegnazione ha anche il contenuto patrimoniale di assicurare il godimento gratuito dell’immobile nella sua interezza quale risultato dei miglioramenti apportati grazie anche al contributo del genitore non collocatario).

C.GIA.

Tribunale di Albenga, 23 marzo 2009 – Giudice Unico Princiotta – F. e M. Bosio (Avv. Spotorno) c. Fornaca (Avv.ti Rabino e Bandini).

LOCAZIONE (contratto di) – caratteristiche del bene locato – onere di verifica della adeguatezza tecnica a quanto necessario per lo svolgimento dell’attività – a carico del conduttore – sussiste.

(Artt. 1571 e ss. c.c. ; artt. 27 e ss. L. 392/1978)

Una volta che sia stato stipulato un contratto di locazione di un immobile destinato ad un determinato uso, grava sul conduttore l’onere di verificare che le caratteristiche del bene siano adeguate a quanto tecnicamente necessario per lo svolgimento dell’attività per cui è stato locato, anche in relazione al rilascio delle necessarie autorizzazioni amministrative.

(Conf.: Cass., sez. III, 31 marzo 2008, n. 8303)

RO.NE.

Tribunale di Albenga, 27 maggio 2009 – Giudice Unico Princiotta – Immobiliare Darvit S. r. l. (Avv.ti Vallino e Candia) c. Martini (Avv. Zerbone).

OBBLIGAZIONI e contratti – esecuzione specifica dell’obbligo di concludere un contratto – offerta di esecuzione da parte del promissario acquirente di tutte le previsioni negoziali – mancanza – inammissibilità.

(Art. 2932 c.c.)

OBBLIGAZIONI e contratti – “minuta” o “puntazione” – mancanza di compiuta indicazione del bene compravenduto – inefficacia.

(Artt. 1321 e segg. c.c.)

La domanda di esecuzione specifica dell’obbligo di concludere un contratto non può trovare accoglimento in difetto di offerta di esecuzione, da parte del promissario acquirente, di tutte le previsioni negoziali indicate nel contratto preliminare in quanto in tema di contratto preliminare, la sentenza costitutiva, che tiene luogo del contratto non concluso, non può introdurre varianti al contenuto del così detto compromesso, ancorché riguardanti le sole modalità di esecuzione di una delle prestazioni, ma deve “rispecchiare integralmente” le previsioni negoziali delle parti, quali risultanti dall’interpretazione del contratto preliminare medesimo.

(Conf. : Cass., sez. 2, 30 agosto 2004, n. 17385)

La così detta “minuta” o “puntazione” redatta dalle parti nel corso di trattative negoziali, suscettibili di ulteriori sviluppi e di necessari approfondimenti, tra l’altro anche carente di compiute indicazioni del bene compravenduto, non comporta di per sé il sorgere di un obbligo contrattuale avente carattere di compiuta validità ed efficacia.

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. feriale, 26 agosto 2008, ord. – Pres. Martinelli – Est. Castiglione – Reale e Dimopoli c. Di Santo, Vigo e Grice.

PROVEDIMENTO di urgenza – complesso musicale – qualificazione giuridica – tutela della denominazione del gruppo – interesse ad agire.

(Artt. 2598 e segg. c. c.; artt. 669 bis e segg. e 700 c.p. c.)

PROVVEDIMENTO di urgenza – complesso musicale – scioglimento – uso del nome – rievocazione di passato artistico – periculum in mora – sussistenza.

(Artt. 669 bis e segg. e 700 c.p. c.)

Il nome di un gruppo musicale, che costituisce una associazione o una società in nome collettivo irregolare e che rappresenta un centro autonomo di imputazione di diritti ed interessi, è, solitamente, di esclusiva pertinenza della organizzazione. Il fatto che vi sia stato lo scioglimento del sodalizio, non ha fatto venir meno la memoria storica del gruppo e la notorietà del nome; di conseguenza i singoli componenti possono avere interesse a tutelare le denominazione storica del gruppo estinto, ma ancora vivo nella memoria collettiva e nell'immaginario sociale, nei confronti di tentativi di appropriazione indebita del nome del complesso, volti a distoglierlo dal suo riferimento individuale e cioè il riferimento alle persone di coloro che avevano dato vita al gruppo musicale e vitalità al nome, portandolo al successo.

Il periculum, nelle specie, è in re ipsa e, cioè, nel fatto che si sia ripreso, separatamente, a svolgere attività artistica sotto denominazioni rievocanti il "passato musicale" del complesso e sfruttando la notorietà e la potenza suggestiva ed evocativa del nome.

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 13 febbraio 2008, n. 685 – Giudice Unico Casale – M.B. (Avv. Crimella) c. A.S.B.S. (Avv. Del Bianco).

RESPONSABILITÀ civile – danni da cose in custodia – danno alla persona – liquidazione – criteri.

(Artt. 2043 e 2051 c.c.)

Nella liquidazione dei danni sofferti in seguito ad accertata responsabilità per danni da cose in custodia occorre fare ricorso alle tabelle elaborate dal Tribunale di Milano con riferimento all'anno 2003 per quanto concerne i danni da invalidità permanente e al d.m. 22 luglio 2003 per i danni conseguenti a invalidità temporanea.

Per la rivalutazione monetaria maturata dalla data della tabella fino alla data della liquidazione del danno, conformemente ai principi generali sui debiti di valore, si applicano gli indici ISTAT sul costo della vita.

Per il calcolo degli interessi compensativi si applica il criterio espresso con sent. Corte Cass., sez. Un. n. 1712/1995 secondo la quale la somma capitale individuata deve essere previamente devalutata in base agli indici ISTAT dal 1.1.2003 fino alla data del sinistro e sulla stessa, progressivamente rivalutata anno per anno, devono calcolarsi gli interessi al tasso legale.

C.GIA.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 7 gennaio 2009, n. 9 - Pres. Bonavia - Rel. Di Virgilio - S. (Avv. Vittori) c. V. S. A. (Avv. Ottolenghi) e c. A. Ass. (Avv. Ottolenghi) e c. A. Ass. (Avv. Poggi).

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità per colpa professionale del medico chirurgo - omissione del consenso informato - sussistenza.

(Artt. 32 comma 2, 13 Cost.)

Per aversi responsabilità del sanitario, e di riflesso della struttura sanitaria, per violazione dell'obbligo di consenso informato, è necessaria una condotta omissiva di adempimento dell'obbligo di informazione sulle prevedibili conseguenze del trattamento cui il paziente viene sottoposto e la successiva verifica (causal-

mente connessa con il trattamento) di un aggravamento delle condizioni di salute del paziente; al contrario, è del tutto indifferente se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno, rilevando la correttezza dell'esecuzione ai fini della responsabilità professionale sotto un profilo differente. L'ingiustizia risiede, infatti, nel fatto che il paziente, a causa del deficit di informazione, non è stato messo in condizione di acconsentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle possibili conseguenze dell'operato del medico: si ha, così, violazione degli artt. 32, comma 2, e 13 Cost.

F. BGN.

Tribunale di Albenga, 14 aprile 2009 – Giudice Unico Princiotta – Kocani (Avv. Diotti) c. Medici (Avv. Bruzzone) c. Nuova Tirrenia Ass.ni e Medici Ass.ni sas (Avv. Cerulli) e c. Aurora Ass.ni spa (Avv.ti Durante e Acquarone).

RESPONSABILITÀ civile – circolazione stradale – nesso di causalità tra violazione di regola di condotta ed evento – accertamento – necessità.

(Artt. 2043 e 2054 c.c.)

DANNO (risarcimento del) – ritardo nel pagamento di somma risarcitoria – danno da ritardo – lucro cessante – criteri di determinazione.

(Artt. 1226 e 2056 c.c.)

La mancata osservanza di norme di circolazione stradale non è di per sé idonea a determinare la responsabilità civile del trasgressore e ciò in quanto il giudice deve, comunque, accertare l'esistenza del nesso di causalità tra la violazione della regola di condotta nella guida del veicolo e l'evento.

Il danno da ritardo e cioè il lucro cessante provocato dal ritardo pagamento di somme dovute a titolo risarcitorio, deve essere provato dal creditore; tuttavia la prova può essere data (e riconosciuta dal giudice), mediante criteri presuntivi ed equitativi e, quindi, anche mediante l'attribuzione degli interessi, ad un tasso stabilito valutando tutte le circostanze obiettive e soggettive inerenti alla prova del pregiudizio subito per il mancato godimento, nel tempo, del bene o del suo equivalente in denaro.

RO.NE.

r e s t a u r a n t
YUAN

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



Documenti

Orientamenti giurisprudenziali in tema di clausola compromissoria nel nuovo diritto societario*

Andrea Fusaro

Professore ordinario di Sistemi giuridici comparati
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Genova.
Notaio in Genova

1. Le clausole arbitrali contenute negli statuti societari anteriormente alla riforma: questioni ed interrogativi ricorrenti. - 2. La clausola arbitrale secondo le nuove regole sull'arbitrato societario: l'affidamento della nomina degli arbitri a soggetto estraneo. - 3. Le controversie compromettibili. - 4. Le società coinvolte dalla riforma. - 5. La matrice statutaria della clausola compromissoria. - 6. L'ambito soggettivo di operatività della clausola compromissoria statutaria. - 7. Arbitrato societario ed arbitrato di diritto comune. - 8. L'introduzione nello statuto delle clausole compromissorie. - 9. La sorte delle clausole compromissorie pattuite prima della riforma e non conformi ai requisiti dalla stessa dettati. - 10. Disciplina del procedimento (art. 35). - 11. Arbitrato irrituale societario. - 12. Clausola compromissoria ed arbitrato di equità.

1. Le clausole arbitrali contenute negli statuti societari anteriormente alla riforma: questioni ed interrogativi ricorrenti.

Prima della riforma del diritto societario, tra le varie questioni connesse all'uso di inserire clausole compromissorie negli statuti sociali per la soluzione delle controversie che dovessero insorgere tra soci e tra soci e società, alcune potevano dirsi particolarmente ricorrenti ed attenevano per un verso all'individuazione degli arbitri, per altro alla delimitazione delle controversie arbitrabili.

Appartengono al primo ordine gli interrogativi circa la rilevanza da attribuirsi alla cd. clausola binaria in caso di insorgenza di una lite plurilaterale, nonché la validità o meno della clausola (diffusa in prevalenza negli statuti delle società cooperative) che deferisse all'assemblea dei soci la nomina degli arbitri o indicasse quali arbitri il collegio sindacale o il consiglio di amministrazione.

Con riguardo al primo profilo, la difettosità del criterio di nomina degli arbitri è stata alla base di quell'indirizzo giurisprudenziale che, in mancanza di alcuni presupposti, soleva dichiarare l'inapplicabilità della clausola compromissoria binaria quando le controversie, come molto spesso accade, venivano a coinvolgere più di due soggetti. La Cassazione aveva infatti sostenuto che in presenza di una clausola che prevedesse la nomina di tre arbitri (due designati dalle parti ed il terzo, con funzioni di presidente, eletto di comune accordo fra i due arbitri, o dalle due parti o in caso di disaccordo, dal presidente del tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato oppure da un altro soggetto estraneo alla lite), la controversia tra più di due sog-

getti avrebbe potuto essere decisa dal collegio arbitrale solo se a) i vari soggetti si fossero raggruppati spontaneamente in due sole parti contrapposte e b) le astratte posizioni giuridiche in lite non fossero tali da impedire la riconduzione a due blocchi (come, ad esempio, nel caso di litisconsorzio a tre); in assenza di anche uno solo dei suddetti presupposti competente sarebbe risultato pertanto il giudice ordinario (Cass., 1-3 1998, n. 2132; Cass., 11-5 1982, n. 2945).

Per rimediare agli inconvenienti applicativi ingenerati da questa impostazione varie sono state le proposte, non sempre funzionali alla predisposizione di collegi equilibrati ed imparziali; tra queste la soluzione migliore è apparsa quella di affidarsi a tre arbitri, da nominarsi di comune accordo tra tutte le parti in lite oppure, in caso di mancato accordo dal presidente del tribunale della sede dell'arbitrato ovvero da un altro terzo.

Quanto alla seconda questione, l'attribuire, come è noto, ad un "collegio di probiviri" o ad altri organi sociali il potere di risolvere le liti cd. Societarie, se rispondeva all'intento di non pubblicizzare all'esterno della compagine sociale gli eventuali dissidi, appariva non conforme alla regola che consente a ciascuna delle parti la nomina del proprio arbitro ed al correlato principio che impone l'imparzialità dello stesso, principio oggi largamente esteso anche agli arbitri irrituali, cui spesso è stata ricondotta la figura dei probiviri, in costanza della loro qualifica di "compositori amichevoli" frequente nella prassi negoziale oltre che in una vecchia legge sui consorzi agrari (d.lgs.1948/1235, art. 31). L'orientamento della giurisprudenza è stato nel senso di ritenere nulle le suddette clausole, senza dubbio alcuno se il collegio arbitrale fosse stato identificato nel consiglio di amministrazione o nel collegio sindacale, con qualche ripensamento - criticato dalla prevalente dottrina - con riguardo alla nomina di un collegio di probiviri (laddove, forzando il significato della clausola statutaria, lo si fosse definito non collegio arbitrale ma organo endosocietario, abilitato non a risolvere direttamente le liti ma a riesaminare e controllare le decisioni prese in proposito dagli organi sociali).

Rispetto all'individuazione delle controversie arbitrabili in passato prevaleva il criterio imperniato sul carattere disponibili dei diritti.

2. La clausola arbitrale secondo le nuove regole sull'arbitrato societario: l'affidamento della nomina degli arbitri a soggetto estraneo.

Legge delega:

«Articolo 12 -3.comma legge 3.10.2001, n. 366. Il Governo può altresì prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie, anche in deroga agli articoli 806 e 808 del codice di procedura civile, per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1. Nel caso che la controversia concerna questioni che non possono formare oggetto di transazione, la clausola compromissoria dovrà riferirsi ad un arbitrato secondo diritto, restando escluso il giudizio di equità, ed il lodo sarà impugnabile anche per violazione di legge.

4. Il Governo è delegato a prevedere forme di conciliazione delle controversie civili in materia societaria anche dinanzi ad organismi istituiti da enti privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza e che siano iscritti in un apposito registro tenuto pres-

*[appunti preparati per la lezione tenuta il 16 giugno 2009 a Genova all'incontro su "Arbitrato: aspetti teorici e pratici" organizzato dalla Corte Arbitrale Europea -Delegazione Italiana, con il patrocinio del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Genova]

so il Ministero della giustizia. La presente legge, munita del sigillo dello Stato, sarà inserita nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge dello Stato».

Disciplina delegata:

«Artt. 34 e seguenti del d.lgs 17 gennaio 2003 n. 5

Art. 34- 2. La clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale».

Confronto con la disciplina di diritto comune (c.p.c.):

«Articolo 816 Quater **Pluralità di parti.**

[I]. Qualora più di due parti siano vincolate dalla stessa convenzione d'arbitrato, ciascuna parte può convenire tutte o alcune delle altre nel medesimo procedimento arbitrale se la convenzione d'arbitrato devolve a un terzo la nomina degli arbitri, se gli arbitri sono nominati con l'accordo di tutte le parti, ovvero se le altre parti, dopo che la prima ha nominato l'arbitro o gli arbitri, nominano d'accordo un ugual numero di arbitri o ne affidano a un terzo la nomina.

[II]. Fuori dei casi previsti nel precedente comma il procedimento iniziato da una parte nei confronti di altre si scinde in tanti procedimenti quante sono queste ultime.

[III]. Se non si verifica l'ipotesi prevista nel primo comma e si versa in caso di litisconsorzio necessario, l'arbitrato è improcedibile».

Nell'intento di superare i problemi sopra segnalati con riguardo all'arbitrato multi - parti l'art. 34, comma 2 del d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 ha disposto che la clausola arbitrale statutaria debba prevedere numero e modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Mantenendosi all'interno della disciplina riformata, la clausola binaria non sarebbe quindi più ammissibile.

«In seguito all'introduzione dell'art. 34 d.lg. n. 5 del 2003 non è più consentita la redazione di una clausola compromissoria di tipo binario, perché il dato testuale della norma non permette alcun dubbio circa la volontà normativa di consentire alle parti la mera possibilità di devolvere ad arbitri la risoluzione di controversie endosocietarie "che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale", e sancisce altrettanto chiaramente che, laddove le parti abbiano optato per tale devoluzione, la clausola compromissoria deve "in ogni caso, a pena di nullità" prevedere il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società" (Trib Torino, sez. I, 6 ottobre 2006)

«È nulla per violazione dell'art. 34 comma 2 d.lg 17 gennaio 2003 n. 5 la clausola dello statuto di una società di capitali che preveda la devoluzione delle controversie tra società e soci ad un collegio arbitrale i cui membri devono essere nominati dalle parti e solo in via suppletiva da un soggetto estraneo alla società. (Nell'affermare il suddetto principio il Tribunale ha affermato che le clausole, quale quella in esame, già contenute nell'atto costitutivo e contrarie alle nuove disposizioni, in virtù di quanto previsto dalla disposizione transitoria contenuta nell'art. 223 bis disp. att. c.c., sono destinate a perdere efficacia dopo il 30 settembre 2004)» (App Torino, 4 agosto 2006. Corriere del merito 2006, 11 1259).

Ma è proprio il sistema di nomina eterodiretta a sollevare i

maggiori interrogativi soprattutto con riguardo all'autorità terza cui è affidata la nomina dell'arbitro unico o del collegio arbitrale. Se non desta perplessità l'indicare quale terzo il presidente del tribunale, di un ordine professionale o di una camera di commercio, appare discutibile la nomina affidata al presidente dell'associazione di categoria cui la società è iscritta, sotto il profilo dell'incompatibilità e della parzialità.

«L'art. 34 comma 2 d.lg. n. 5 del 2003 che dispone l'obbligo di estraneità del soggetto a cui viene affidato il potere di nomina degli arbitri, intende consolidare l'indipendenza ed imparzialità dell'arbitro (definitivamente eliminando le ipotesi di arbitrato endosocietario) anche attraverso la terzietà del designatore, il quale perciò deve essere estraneo alla organizzazione sociale. Tale requisito, pur potendo atteggiarsi diversamente ove fosse indicato come designatore una specifica persona fisica (in tal caso potendo rilevare anche legami contrattuali/professionali con la società o legami parentali con taluni soci), appare idoneo e sufficiente quando il designatore sia individuato con riferimento ad un soggetto investito di una determinata carica (potendo comunque darsi il caso di legami contrattuali/professionali o parentali sussistenti per ogni soggetto designatore in concreto ricoprente una carica, ma ciò non coinvolgendo la legittimità della clausola statutaria, quanto semmai profili di incompatibilità con l'esercizio del potere di designazione). Il concetto di estraneità del designatore non può essere comunque dilatato fino ad una sorta di neutralità ideologica, difficilmente riconoscibile ed eccessivamente enfaticamente il ruolo che è pur sempre quello di mero designatore, mentre a presidio della indipendenza ed imparzialità dell'arbitro vigono le regole di astensione/ricusazione ex art. 51 c.p.c. richiamato dall'art. 815 c.p.c. (ed anche l'applicabilità, pur dubbia, dell'art. 51 c.p.c. al designatore coinvolgerebbe semmai il soggetto ricoprente la carica, ma non la clausola statutaria per cui è causa). (Nella fattispecie è stata giudicata l'idoneità a fungere da designatore degli arbitri del sindacato di categoria a cui aderisce la società convenuta e che è deputato alla tutela degli interessi delle società associate, in quanto non si è ritenuto presumere una contiguità o una propensione favorevole agli interessi della maggioranza (in ipotesi prevaricatrice) ovvero della minoranza (in ipotesi disturbatrice) della società associata, alla stregua di una alterità, incongruamente evocata dall'impugnante, analoga a quella di una controversia tra lavoratori e impresa datore di lavoro in cui designatore di arbitro fosse Confindustria)» (Tribunale Milano, 18 luglio 2005, in Giur. comm. 2007, 1 171 nota Cerrato).

«È in ogni caso nulla per violazione dell'art. 34 comma 2 d.lg. 17 gennaio 2003 n. 5 la clausola dello statuto di una società di capitali che preveda la devoluzione delle controversie tra società e soci ad un collegio arbitrale i cui membri debbano essere nominati dalle parti e solo in via suppletiva da un soggetto estraneo alla società. (Nell'affermare il suddetto principio il Tribunale ha sostenuto che le clausole, quale quella in esame, già contenute nell'atto costitutivo e contrarie alle nuove disposizioni, in virtù di quanto previsto dalla disposizione transitoria contenuta nell'art. 223 bis disp. att. c.c., sono destinate a perdere efficacia dopo il 30 settembre 2004)» (App Torino, 4 agosto 2006, in Corriere del merito 2006, 11 1259). Ci si chiede poi se nella clausola compromissoria si possano indicare i criteri che il terzo dovrà seguire nel scegliere gli arbitri: categoria da cui individuare i soggetti, caratteristiche di questi, ecc. Cass. 30. 3. 2007, n. 7972, in Soc., 2008, 312, ha sancito la nullità della clausola compromissoria che deferisca la risoluzione delle controversie ad un collegio arbitrale formato dai sindaci della società

L'operatività dell'art. 1419 rispetto alle clausole nuove lascia sussistere la responsabilità del notaio.

«La previsione della sostituzione di diritto della clausola nulla ad opera della norma imperativa di cui all'art. 34 d.l.g. n. 5 del 2003 con il meccanismo previsto ex art. 809 c.p.c., secondo il disposto dell'art. 1419 comma 2 c.c. lascia sussistere la violazione dell'art. 28 1. Not. Perché è proprio il meccanismo di integrazione automatica di cui all'art. 1419 comma 2 c.c., a presupporre l'esistenza di una nullità assoluta, con la previsione di strumenti privatistici con finalità conservative dell'atto, e non incide sulla natura viziata di esso al momento della redazione dell'atto da parte del notaio (tenuto conto del carattere istantaneo dell'illecito di cui all'art. 28 n. 1 1. Not.)» (Trib Torino, sez I, 6 ottobre 2006. C. - Redazione Giuffrè 2006).

3. Le controversie compromettibili.

Con riguardo al secondo ordine di problemi - attinenti la delimitazione delle controversie deferibili in arbitrato - il legislatore ha dettato tre specifiche disposizioni:

«Art. 34 1. Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325-bis del codice civile, possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale.

Art. 34- 4. Gli atti costitutivi possono prevedere che la clausola abbia ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti e, in tale caso, essa, a seguito dell'accettazione dell'incarico, è vincolante per costoro.

Art. 34- 5. Non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero.»

È stato sottolineato come la portata di tali delimitazioni non si allontani molto da quella dell'arbitrato in generale, sancita dall'art. 806 c.p.c.

«Art. 806. Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge.

Le controversie di cui all'articolo 409 possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro.»

In dottrina si sottolinea come l'inammissibilità dell'arbitrato laddove rilevino diritti indisponibili non ne esclude invece la praticabilità ove operino norme imperative, osservando come la disciplina comune e quella speciale coincidano, soltanto ravvisandosi l'ampliamento della cautela nell'arbitrato societario in materia di impugnativa di delibere assembleari, dal momento che l'art. 36 non fa differenza quanto alle norme che vengono in gioco: d'altra parte "...vista la difficoltà di distinguere in detto ambito tra norme derogabili e norme inderogabili, sembra proprio che il legislatore abbia voluto superare ogni disputa, imponendo sempre e comunque un giudizio secundum ius e la conseguente possibilità del sindacato da parte del giudice statale in ordine alla violazione delle regole di diritto" (M. BOVE, *L'arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune*, in www.judicium.it). Problema quello del divieto dell'arbitrato di equità cui faremmo cenno anche in seguito.

Questa dottrina critica pertanto:

- Cass 23. 2. 2005, n. 3772, che ha escluso l'arbitrabilità delle liti ove vengano in rilievo le norme sul bilancio: «Le con-

troverse in materia societaria possono, in linea generale, formare oggetto di compromesso, con esclusione di quelle che hanno ad oggetto interessi della società o che concernono la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi. A tal fine, peraltro, l'area della indisponibilità deve ritenersi circoscritta a quegli interessi protetti da norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte, quali le norme dirette a garantire la chiarezza e la precisione del bilancio di esercizio. (Nella specie, in controversia introdotta prima della entrata in vigore del d.l.g. 17 gennaio 2003 n. 5, che ha riconosciuto in modo esplicito la possibilità di devolvere ad arbitri le controversie concernenti la validità delle delibere assembleari - disciplina non applicabile, ex art. 41, comma 1, del medesimo decreto, ai giudizi già pendenti alla data della sua entrata in vigore - la Corte cass. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto compromettibile una controversia nella quale, attraverso l'impugnazione di una delibera di un consorzio di imprese, un'impresa consorziata aveva chiesto il pagamento di un conguaglio commisurato all'ammontare dei lavori assegnati alle singole imprese che partecipavano al Consorzio stesso. In motivazione, la Corte ha affermato che gli effetti della delibera impugnata sul bilancio del Consorzio erano soltanto indiretti, in quanto non coinvolgevano direttamente l'applicazione delle norme inderogabili che devono essere osservate nella redazione dei bilanci)»

- Trib. Belluno, 26. 10. 2005, in *Giur. it.*, 2006, 1639, che ha negato l'arbitrabilità della domanda di revoca dell'amministratore di società di persone: «Mentre la controversia relativa all'esclusione del socio può essere devoluta alla cognizione arbitrale, è invece sottratta all'operatività della clausola arbitrale la domanda di revoca dell'amministratore di società di persone, perché attiene a violazioni di norme poste a tutela dell'interesse collettivo».

- Trib. Lucca, 11. 1. 2005, in *Giur. mer.*, 2005, 2662 circa la non arbitrabilità della impugnazione per nullità della delibera che approva lo statuto, in quanto vedrebbe coinvolti interessi sociali.

La giurisprudenza ha ripetutamente confermato l'arbitrabilità delle impugnazioni delle delibere assembleari, se il vizio lamentato sia l'annullabilità.

«In materia di arbitrato societario, dal coordinamento fra l'art. 34 comma 1 e l'art. 35 comma 5 d.l.g. n. 5 del 2003, deriva la conclusione che soltanto le impugnative di delibere aventi ad oggetto diritti disponibili sono suscettibili di compromesso» (Trib. Pescara, 10 marzo 2008, in *Giur. merito* 2008, 9 2251).

In linea generale, quindi, «ogni controversia in materia societaria può formare oggetto di compromesso, con esclusione di quelle che hanno ad oggetto interessi della società o che concernono la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi. Ne consegue che le disposizioni attinenti alla regolare formazione della volontà sociale non appaiono ispirate e giustificate da esigenze di tutela di un principio di ordine pubblico e dunque sono compromettibili in arbitri» (Tribunale Torino, 27 settembre 2004, in *Vita not.* 2005, 820 nota Coltraro).

«È compromettibile per arbitri l'impugnazione di delibera assembleare se il vizio denunciato comporti l'annullabilità della decisione» (Tribunale Napoli, 25 ottobre 2006, in *Giur. it.* 2007, 6 1445 nota RENNA).

«La deferibilità della controversia in arbitrato societario prescinde dalla portata dell'interesse (individuale o generale) ad essa sotteso e dalla natura (derogabile o inderogabile) della

norma violata, ed incontra il solo limite dell'inarbitrabilità delle controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili (nella specie si trattava di impugnazioni di delibere assembleari, che il tribunale ha ritenuto arbitrabili a prescindere dall'interesse e dalla natura della norma violata, in quanto aventi ad oggetto diritti disponibili, essendo pacifica la facoltà del socio di rinunciare agli atti ed all'azione anche dopo avere proposto l'impugnazione, e comunque di transigere la controversia) (Trib. Belluno, 8 maggio 2008, in *Giur. merito* 2008, 9 2252) «È sempre compromettibile per arbitri l'impugnazione di delibera assembleare se il vizio denunciato comporti l'annullabilità della decisione» (Trib. Pescara, 10 marzo 2008, in *Giur. merito* 2008, 9 2251).

«È sempre compromettibile per arbitri l'impugnazione di delibera assembleare se il vizio denunciato comporti l'annullabilità della decisione» (Trib. Pescara, 10 marzo 2008, in *Giur. merito* 2008, 9 2251).

L'arbitrabilità verrebbe meno ove entri in gioco l'integrità del capitale sociale.

«Non sono compromettibili ai sensi dell'art. 806 c.p.c. le impugnazioni di deliberazioni di copertura perdite attraverso azzeramento del capitale sociale e contestuale ricapitalizzazione poiché hanno ad oggetto diritti indisponibili dei terzi che vantano crediti o possono entrare in rapporto con la società.» (Tribunale Milano, 27 settembre 2005, in *Giur. comm.* 2006, 6 1128 nota CERRATO).

Oppure la revoca dell'amministratore:

«Qualora oggetto del giudizio sia esclusivamente l'impugnazione della delibera assembleare di revoca dalla carica di componente del consiglio di amministrazione di una società, deve escludersi che ricorra il limite della compromettibilità della controversia per indisponibilità del diritto fatto valere» (Trib. Salerno, sez. I, 1 giugno 2006).

«In materia di arbitrato societario, dal coordinamento fra l'art. 34 comma 1 e l'art. 35 comma 5 d.lg. n. 5 del 2003, deriva la conclusione che soltanto le impugnative di delibere aventi ad oggetto diritti disponibili sono suscettibili di compromesso» (Trib. Pescara, 10 marzo 2008 in *Giur. merito* 2008, 9 2251).

È stata, ancora, esclusa l'arbitrabilità delle controversie in tema di scioglimento e nomina dei liquidatori.

«Non sono compromettibili in arbitri le controversie relative allo scioglimento di una società di persone» (Tribunale Salerno, 12 aprile 2007, in *Giur. comm.* 2008, 4 865 nota Corsini).

«Le controversie societarie relative alla esistenza di una causa di scioglimento della società non possono essere devolute ad arbitri» (Tribunale Ravenna, 03 febbraio 2006 in *Corriere del merito* 2006, 7 840).

«La controversia relativa alla nomina del liquidatore, non avendo ad oggetto diritti disponibili, non può essere devoluta agli arbitri a causa del divieto contenuto al comma 1 dell'art. 34 d.lg. 17 gennaio 2003 n. 5.» (Tribunale Modena, 12 maggio 2004, in *Società* 2005, 916).

La non arbitrabilità si estende, quindi, alle controversie inerenti la nomina dei liquidatori:

«In caso di ricorrenza di una delle ipotesi di scioglimento delle società previste dall'art. 2484 c.c., ove tra i soci non sussista accordo, alla nomina del liquidatore può provvedere il tribunale, in sede di volontaria giurisdizione, non trattandosi di controversia inerente diritti soggettivi ai sensi dell'art. 32 d.lg. n. 5 del 2003». (Tribunale Modena, 12 maggio 2004, in *Gius.* 2004, 3337

4. Le società coinvolte dalla riforma.

La legge delega esclude le società semplici

«Art. 12 -3.comma legge 3.10.2001, n. 366. Il Governo può altresì prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie...»

«L'art. 34 D. Lgs. n. 5 del 2003 che si riferisce agli «atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio» è inapplicabile alle società semplici, poiché in conformità a quanto previsto dalla legge delega, riguarda soltanto le società commerciali» (Trib. Roma, sez. III, 4 luglio 2007, n. 13731, in *Riv. notariato* 2008, 4 928 nota BARBETTA).

La disciplina delegata esclude le cosiddette società aperte (in sostanza, le quotate)

«Art. 34-1.comma Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325-bis del codice civile, possono...»

Devono ritenersi incluse le società di persone.

«Il richiamo dell'art. 34 comma 1 d.lg. n. 5 del 17 gennaio 2003, agli atti costitutivi delle società è tale da estendere l'ambito di applicazione dell'arbitrato societario a tutti i tipi di società, siano esse di persona o di capitali» (Trib. Trento, 8 aprile 2004 *Riv. arbitrato* 2004, 738 nota Perago).

«L'art. 34 d.lg. n. 5 del 2003 è applicabile anche alle società di persone» (Trib. Salerno, 12 aprile 2007 *Giur. comm.* 2008, 4 865 nota Corsini).

Per le società di persone non valeva, tuttavia, la proroga accordata a quelle di capitali dalla disciplina transitoria.

«Gli artt. 223 bis e 223 *duodecies* disp. att. c.c. riguardano solo ed esclusivamente la tempistica relativa all'adeguamento degli atti costitutivi e degli statuti delle società di capitali e delle società cooperative, e non sono, pertanto, applicabili alle società di persone alle quali è però indubbiamente applicabile la disciplina contenuta negli art. 34 ss. d.lg. 17 gennaio 2003, n. 5, anche in virtù dell'ambito di applicazione di tale decreto, così come delimitato dal relativo art. 1. Conseguentemente, l'entrata in vigore del citato d.lg. determina la sopravvenuta nullità della clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società di persone che non sia conforme alla norma di cui all'art. 34 comma 2 d.lg. 17 gennaio 2003, n. 5 nella parte in cui prevede la nomina di tutti gli arbitri, a pena di nullità, da parte di soggetto estraneo alla società» (Tribunale Trento, 11 febbraio 2004, in *Giur. merito* 2004, 1699 nota PEDRELLI- Conforme-Tribunale Trento, 8 aprile 2004. *Giur. merito* 2004, 1699 nota PEDRELLI).

5. La matrice statutaria della clausola compromissoria.

Posto che la legge delega limita espressamente l'applicazione del nuovo arbitrato societario all'ipotesi della clausola compromissoria, escludendo il compromesso arbitrale, è opinione univoca che il nuovo arbitrato societario - con le specificità che lo caratterizzano - possa derivare solo da una clausola inserita nello statuto o nell'atto costitutivo. L'eventuale compromesso arbitrale stipulato dalle parti a lite insorta porterebbe, dunque, ad un arbitrato disciplinato dal diritto comune.

«Non si applica la disciplina degli art. 34, 35 e 36 d.lg. 17 gennaio 2003 n. 5, alle clausole arbitrali contenute in regolamenti o contratti o accordi diversi dallo statuto o dall'atto costitutivo (nella specie, il regolamento consortile destinato a disciplinare le modalità di commercializzazione di alcune categorie di beni con marchio del consorzio rinviava, per eventuali controversie, alla clausola arbitrale contenuta nello statuto della società consortile a responsabilità limitata. Il col-

legio arbitrale ritiene che, in forza del richiamo, il regolamento consortile venga a contenere una clausola compromissoria autonoma e distinta rispetto a quella statutaria». (Lodo Arbitrale Bologna, 15 ottobre 2004 *Giur. comm.* 2006, 3 499 nota Cerrato).

6. L'ambito soggettivo di operatività della clausola compromissoria statutaria.

«Art. 34- 3. La clausola è vincolante per la società e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia.

Art. 34- 4. Gli atti costitutivi possono prevedere che la clausola abbia ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti e, in tale caso, essa, a seguito dell'accettazione dell'incarico, è vincolante per costoro.

Art. 34- 5. Non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero».

In dottrina si è osservato come la clausola sia certamente efficace nelle controversie inerenti la perdita della qualità di socio - ad esempio nell'opposizione alla delibera di esclusione -, non invece in quelle inerenti al conseguimento di tale qualità, come ad esempio laddove venga domandato il versamento dei decimi residui a chi neghi di aver acquistato le azioni (M. BOVE, op. cit.). In ogni caso occorre considerare che, se in base all'art. 24 Cost. la convenzione arbitrale può valere solo tra coloro che l'hanno sottoscritta, laddove essa sia statutaria l'efficacia è subordinata all'acquisto della qualità di socio.

«Ai fini dell'impugnazione di una deliberazione assembleare che ha comportato la perdita della qualità di soci degli impugnanti, è efficace ed operativa la clausola arbitrale approvata dai soci superstiti successivamente alla detta deliberazione e prima che sia interamente decorso il termine per l'impugnazione poiché ai sensi dell'art. 34, 3 comma, del d.lg. 17 gennaio 2003, n. 5, la clausola arbitrale è vincolante per la società e tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia» (Tribunale Milano, 27 settembre 2005 *Giur. comm.* 2006, 6 1128 nota Cerrato).

«È legittima la clausola compromissoria statutaria che, anche nel rispetto delle modalità di nomina e di designazione degli arbitri di cui all'art. 34 d.lg. n. 5/2003, devolva ad arbitro le eventuali controversie societarie che dovessero insorgere con riferimento alla determinazione della quota sociale del socio in caso di suo recesso della società, giacché - ai sensi dell'art. 34 cit. - non possono essere oggetto di clausola compromissoria soltanto le controversie nelle quali sia obbligatorio l'intervento del p.m. o comunque quelle aventi ad oggetto diritti non disponibili» (Trib. Modena, 11 novembre 2005. *Giurisprudenza locale* - Modena 2006).

«È compromettibile, ai sensi dell'art. 34 d.lg. 17 gennaio 2003 n. 5, l'impugnazione per annullamento di una deliberazione per vizi derivanti dalla pretesa violazione di un interesse privatistico alla corretta esecuzione del contratto sociale (nella specie, deliberazione che si assume viziata per abuso di potere da parte della maggioranza)» (Tribunale Milano, 4 ottobre 2005 in *Giur. comm.* 2006, 6 1128 nota CERRATO).

7. Arbitrato societario ed arbitrato di diritto comune.

«Art. 1.4 comma D.lgs.5/2003. Per quanto non diversamente disciplinato dal presente decreto, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili». - Artt. 806 ss. c.p.c., come da ultimo modificati dagli artt. 20 e seguenti del D. Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40.

È possibile stipulare una clausola che preveda modalità di nomina non conformi alle nuove disposizioni inderogabili, per dare vita ad un arbitrato di diritto comune? Sia in dottrina sia in giurisprudenza sono rappresentate entrambe le opposte tesi

Quella affermativa sottolinea peraltro come, ovviamente, con la vecchia disciplina minori siano i vantaggi anche con riguardo al numero delle controversie non arbitrabili.

«L'art. 34 d.lg. 17 gennaio 2003, n. 5, ha introdotto per gli arbitrati in materia societaria un modello concorrente rispetto a quello tradizionale disciplinato dagli artt. 806 ss. c.p.c. e non esclusivo: ne deriva che le parti hanno la facoltà di scegliere liberamente tra i due modelli e che, pertanto, la clausola compromissoria non può essere ritenuta nulla soltanto per la violazione delle regole poste dall'art. 34 d.lg. n. 5 del 2003» (Trib. Bari, 5 novembre 2007, in *Giur. merito* 2008, 5 1329).

«Con la riforma del diritto societario (d.lg. n. 5 del 2003) è stato previsto un nuovo modello di arbitrato rituale, endosocietario che si è aggiunto, senza sostituirlo, all'arbitrato di diritto comune disciplinato dal codice di rito. Pertanto, sono valide le clausole che devolvono le controversie societarie ad un arbitrato di diritto comune» (Tribunale Genova, 7 marzo 2005 *Corriere del merito* 2005, 759).

L'inderogabilità della nuova disciplina varrebbe al proprio interno, non escludendosi invece la sopravvivenza della vecchia.

«La disciplina del procedimento arbitrale va considerata inderogabile nel suo complesso, ossia come corpo di norme da applicare tutte assieme, al fine di usufruire delle agevolazioni contemplate dalla riforma; ciò che è derogabile è il modello di arbitrato endosocietario quantomeno da quei soggetti che, non intendendo avvalersi dei benefici e del regime complessivo previsti dal legislatore, abbiano inteso rimanere nella disciplina del diritto comune l'unica vigente al momento dell'approvazione della clausola arbitrale. L'art. 41 d.lg. n. 5 del 2003 non sancisce un obbligo di adeguamento degli statuti - nella parte relativa alle clausole compromissorie alle nuove norme dettate per l'arbitrato endosocietario per cui il rispetto della disciplina cui all'art. 34 d.lg. deve considerarsi come un onere solo per coloro che vogliono usufruire dei vantaggi offerti dalla nuova tipologia arbitrale (l'estensione dell'ambito delle controversie compromettibili, l'attribuzione a gli arbitri della competenza in materia cautelare o l'efficacia del lodo nei confronti dell'intera compagnia sociale)» (Trib. Bologna, sez. IV, 09 febbraio 2006, n. 344. Il merito 2007, 1-2 34).

La tesi opposta ritiene, invece, inammissibile la presenza negli statuti societari di clausole difformi dalle prescrizioni degli artt. 34 ss. d.lgs.5/2003.

«Ai sensi dell'art. 34, comma 2, d.lg. n. 5 del 2003, sono nulle le clausole compromissorie binarie, dovendo il potere di nomina di tutti gli arbitri essere necessariamente attribuito ad un soggetto estraneo alla società» (Trib. Salerno, 12 aprile 2007. *Giur. comm.* 2008, 4 865 nota Corsini).

In giurisprudenza è altresì rappresentata la tesi secondo cui sarebbero consentite clausole difformi in quanto rivolte a prevedere arbitrati irrivali, riservando l'inderogabilità a quello rituale cui si riferisce la disciplina legislativa

«La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli artt. 34, 35, 36 d.lg. 17 gennaio 2003 n. 5, non si applica agli arbitrati irrivali (salvo l'accento contenuto all'art. 35, comma 5), ma introduce e disciplina una speciale forma di arbitrato rituale» (Trib. Biella, 28 febbraio 2005. *Giur. it.* 2006, 1 101, *Giur. comm.* 2006, 3 500 nota CERRATO).

«È valida la clausola compromissoria introdotta ex novo nello statuto di una società (nella specie: di persone) e non con-

forme all'art. 34 D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, la clausola prevedeva un arbitrato irrituale e stabiliva che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente del Tribunale)» (App Torino, 29 marzo 2007. Giur. it. 2007, 10 2237 nota Cerrato).

«La clausola compromissoria contenuta nello statuto sociale che devolve ad un arbitro nominato di comune accordo dai soci “le controversie che dovessero sorgere in seno alla società”, induce a ritenere che le parti abbiano previsto l'arbitrato in forma irrituale se viene altresì riconosciuto all'arbitro il potere di pronunciarsi “senza bisogno di formalità”, ovvero laddove risulti essere demandato allo stesso arbitro il potere di emettere una decisione comunque riconducibile alla volontà delle stesse parti contraenti, tale da risolvere sul piano negoziale la lite insorta tra i soci nell'ambito della società» (Trib Trani, 6 febbraio 2007, n. 89, in *Giurisprudenza barese.it* 2007).

Quanto all'arbitrato irrituale, per la sua ricorrenza, bisognerà poi tenere conto di quanto dispone la riforma dell'arbitrato disposta con dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

8. L'introduzione nello statuto delle clausole compromissorie.

«Art. 34- 6. Le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale. I soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso». *Disciplina transitoria*

«Art. 41.2. Alle modifiche deliberate a norma degli articoli 223-bis e 223-duodecies delle disposizioni di attuazione del codice civile, per adeguare le clausole compromissorie preesistenti alle disposizioni inderogabili del presente decreto legislativo non si applica l'articolo 34, comma 6»

«In base all'art. 34, comma 6, d.lg. n. 5 del 2003, da valutarsi congiuntamente all'art. 41, comma 2, del medesimo decreto, la previsione della maggioranza qualificata e del diritto di recesso solo nel caso disciplinato dalla prima disposizione si giustifica con la notevole rilevanza che assume per i soci la rinuncia alla tutela giurisdizionale ordinaria» (Tribunale Verona, 12 aprile 2005 in *Giur. comm.*, 2007, 3 633 nota Soldati).

«All'introduzione di una clausola compromissoria può essere equiparato il significativo ampliamento dell'oggetto di una clausola compromissoria già esistente (che equivale ad una introduzione di clausola per le materie nuove) con la conseguenza che il socio assente o dissenziente può esercitare il diritto di recesso contemplato dall'art. 34, comma 6, d.lg. n. 5 del 2003» (Tribunale Verona, 12 aprile 2005, in *Giur. comm.* 2007, 3 633 nota Soldati).

«È manifestamente infondata la q.l.c. per contrasto dell'art. 34, comma 6, d. lg. 17 gennaio 2003 n. 5, nella parte in cui prevede che l'introduzione di clausole arbitrali nello statuto di società possa essere approvata a maggioranza (pari a due terzi del capitale sociale), con gli art. 3, 25, 101, comma 2, e 111, comma 2, cost. poiché la legittimità dell'arbitrato societario è fondata sulla libera scelta delle parti e sulla facoltà per il dissenziente di non soggiacere alla volontà della maggioranza recedendo dalla società, mentre resta nella discrezionalità del legislatore determinare i presupposti di tale libera scelta» (Tribunale Milano, 18 luglio 2005, in *Giur. comm.* 2007, 1 171 nota Cerrato).

9. La sorte delle clausole compromissorie pattuite prima della riforma e non conformi ai requisiti dalla stessa dettati.

«Art. 41.2. Alle modifiche deliberate a norma degli articoli 223-bis e 223-duodecies delle disposizioni di attuazione del codice civile, per adeguare le clausole compromissorie preesistenti alle disposizioni inderogabili del presente decreto legislativo non si applica l'articolo 34, comma 6»

«Articolo 223 Bis disp.att.c.c. [I]. Le società di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro V, del codice civile, iscritte nel registro delle imprese alla data del 1° gennaio 2004, devono uniformare l'atto costitutivo e lo statuto alle nuove disposizioni inderogabili entro il 30 settembre 2004».

«Articolo 223 Duodecies (disp.att.cod.civ.) [II]. Le società di cui al capo I del titolo VI del libro V del codice civile, iscritte nel registro delle imprese alla data del 1° gennaio 2004, devono uniformare l'atto costitutivo e lo statuto alle nuove disposizioni inderogabili entro il 31 marzo 2005».

Secondo una impostazione il mancato adeguamento dei vecchi statuti non ne impedisce la ultrattività.

A questa conclusione è pervenuta la tesi già esaminata, che ritiene opzionale la nuova disciplina

«Dal momento che il nuovo modello di arbitrato endosocietario è venuto ad aggiungersi e non a sostituirsi alla disciplina dell'arbitrato di diritto comune, la clausola compromissoria introdotta nello statuto o nell'atto costitutivo di una società anteriormente all'entrata in vigore del d.lg. 17 gennaio 2003 n. 5 e successivamente non adeguata alle disposizioni inderogabili previste dal suddetto decreto conserva piena validità ed efficacia» (Tribunale Genova, 7 marzo 2005 *Giur. comm.* 2006, 3 500 nota Cerrato).

«Al mancato adeguamento delle clausole compromissorie preesistenti alla disciplina di cui all'art. 34 d.lg. n. 5 del 2003 consegue non già la sopravvenuta nullità delle clausole, bensì l'applicazione della disciplina formale e sostanziale dell'arbitrato di tipo tradizionale nei limiti di efficacia riconosciuti in precedenza a clausole così redatte» (Tribunale Bologna, 25 maggio 2005. *Giur. it.* 2006, 8-9 1640 nota Restano).

«La clausola compromissoria introdotta nello statuto o nell'atto costitutivo di una società anteriormente all'entrata in vigore del d.lg. 17 gennaio 2003 n. 5 e successivamente non adeguata alle disposizioni inderogabili previste dal suddetto decreto è valida ed efficace, nei limiti di efficacia ad essa riconosciuti dalle norme vigenti» (Trib Udine, 4 novembre 2004. *Giur. comm.* 2006, 3 499, nota Cerrato).

Altra volta la conclusione è stata argomentata attraverso l'innammissibilità della nullità sopravvenuta

«Non incorrono in una nullità sopravvenuta le clausole compromissorie statutarie contenute negli atti costitutivi e negli statuti societari adottati prima dell'entrata in vigore del d.lg. n. 5 del 2003. La nullità rimane, infatti, un vizio genetico dell'accordo delle parti, dipendente dalla situazione di fatto e di diritto esistente nel momento della conclusione del contratto e non è comprensibile perché una sopravvenuta previsione di nullità dovrebbe travolgere degli accordi negoziali già perfezionatisi e che hanno validamente prodotto i loro effetti obbligatori (nel caso delle clausole compromissorie quello di obbligare le parti a sottomettere le controversie future al giudizio degli arbitri, sia pure condizionatamente al concreto insorgere di una controversia)» (Tribunale Udine, 4 novembre 2004. *Società* 2005, 777 nota Soldati).

«In forza del disposto dell'art. 34 d.lg. n. 5 del 2003, la sanzione di nullità delle clausole compromissorie di tipo binario deve ritenersi limitata a quelle deliberate dopo l'entrata

in vigore della nuova normativa processuale societaria, rimanendo le clausole preesistenti valide ed efficaci, sia pure nei limiti di efficacia loro riconosciute dalle norme previgenti» (Tribunale Udine, 4 novembre 2004. *Società* 2005, 916).

Se la clausola compromissoria statutaria, conforme agli art. 806 ss. c.p.c., non è stata adeguata alle disposizioni contenute nell'art. 34 d.lg. 17 gennaio 2003 n. 5, non può essere automaticamente sostituita dal modello di clausola compromissoria previsto e regolato dal predetto art. 34 (Trib Latina, 22 giugno 2004. *Società* 2005, 93 nota SALAFIA).

Altro argomento è stato tratto dalla disciplina transitoria. «La norma dell'art. 41, comma 2, d.lg. 5/2003 non sancisce un obbligo di adeguamento degli statuti, nella parte relativa alle clausole compromissorie, alle nuove regole dettate in materia di arbitrato endosocietario: il rispetto della disciplina di cui all'art. 34 d.lg. 5/2003 deve perciò considerarsi come un onere imposto solo a chi vuole fruire dei vantaggi offerti dalla nuova tipologia arbitrale (quali l'estensione dell'ambito delle controversie compromettibili, l'attribuzione agli arbitri della competenza in materia cautelare o l'efficacia del lodo nei confronti della intera compagine sociale). Al mancato adeguamento delle clausole compromissorie preesistenti consegue l'applicazione della disciplina formale e sostanziale dell'arbitrato di tipo "tradizionale" nei limiti di efficacia riconosciuti in precedenza a clausole così redatte» (Trib Bologna, sez. IV, 25 maggio 2007, n. 1236. *Guida al diritto* 2007, 45 106).

Ancora, con riferimento alle clausole per arbitrato irrituale, laddove ritenuto estraneo alla disciplina riformata

«Le clausole compromissorie per arbitrato irrituale stipulate prima dell'entrata in vigore del d.lg. n. 5 del 2003 non sono decadute a seguito dell'entrata in vigore della nuova disciplina» (Trib Biella, 28 febbraio 2005. *Giur. it.* 2006, 1 101).

Quest'ultima convinzione non è, tuttavia, uniforme:

«La disposizione di cui all'art. 34, comma 2, d.lg. 17 gennaio 2003 n. 5, sancisce, "a pena di nullità", che la clausola compromissoria deve conferire in ogni caso il potere di nomina di tutti gli arbitri ad un soggetto estraneo alla società, sia da riferire anche alla clausola compromissoria per arbitrato irrituale, con la conseguenza che la clausola compromissoria, non adeguata alla disciplina imperativa sopravvenuta, deve ritenersi comunque nulla» (Trib Bari, 24 gennaio 2005.- *Giurisprudenzabarese.it* 2005).

È tuttavia ampiamente rappresentata l'opposta posizione, che afferma invece la nullità delle clausole se non adeguate alle nuove regole.

Talora è sancita la nullità radicale

«È affetta da radicale nullità la clausola compromissoria statutaria che demanda alle parti in lite, la nomina degli arbitri. La disciplina dettata dall'art. 34 d.lg. n. 5 del 2003 non consente alcuna ultrattività per le clausole compromissorie statutarie non conformi» (Collegio arbitrale Genova, 29 aprile 2005. *Riv. arbitrato* 2006, 1 169 nota SOLDATI).

«Non può farsi luogo a sostituzione automatica della clausola compromissoria nulla per mancato adeguamento alle disposizioni inderogabili dettate dall'art. 34, comma 2, d.lg. 17 gennaio 2003, n. 5, con il modello di clausola compromissoria previsto dall'art. 34, comma 6, d.lg. cit.» (Tribunale Milano, 25 giugno 2005. *Giur. it.* 2006, 8-9 1639 nota RESTANO).

«Non può farsi luogo a sostituzione automatica della clausola compromissoria nulla per mancato adeguamento alle disposizioni inderogabili dettate dall'art. 34 comma 2 d.lg. 17 gennaio 2003 n. 5, con il modello di clausola compromissoria previsto dal predetto art. 34 comma 2» (Trib Catania, 26 novembre 2004 *Giur. comm.* 2006, 3 500 nota Cerrato).

«Il mancato adeguamento dello statuto sociale al contenuto

di cui all'art. 34 d.lg. n. 5 del 2003 introduttivo del c.d. rito societario, concernente la nomina degli arbitri comporta la nullità della clausola statutaria difforme. Infatti l'anzidetta norma - prevedendo che gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325 bis c.c., mediante clausole compromissorie possono prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci, ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale - dispone che la clausola statutaria deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo, in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri ad un soggetto estraneo alla compagine societaria, enunciando espressamente il principio che ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al Presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale» (Trib Trani, 15 ottobre 2008, *Giurisprudenza barese.it* 2008).

Dalla disciplina transitoria è stato tratto argomento opposto a quello sopra registrato

«A decorrere dall'1 gennaio 2004 devono ritenersi nulle tutte le clausole compromissorie in difformità del disposto di cui all'art. 34 d.lg. n. 5 del 2003. L'art. 223 bis disp. att. c.c. si limita, infatti, a prevedere che le disposizioni statutarie, ancorché non conformi alle norme inderogabili del d.lg. n. 6 del 2003, mantengono efficacia sino al 30 settembre 2004: nessuna ultrattività è invece disposta per il caso di difformità alla nuova disciplina del processo societario» (Tribunale Latina, 4 novembre 2004. *Società* 2005, 916).

È da considerare radicalmente nulla la clausola statutaria che attribuisce il potere di nomina degli arbitri ad un estraneo alla compagine societaria; e ciò sia in caso di nuova costituzione, che di società già costituite alla data del 1° gennaio 2004 che non abbiano provveduto ad adeguare lo statuto nel termine ultimo del 30 settembre 2004» (Trib. Catania, 26 novembre 2004. *Giur. merito* 2005, 9 1789 nota MERONE). «Mentre gli art. 223 bis e 223 duodecies disp. att. c.c. riguardano solo la tempistica relativa all'adeguamento degli atti costitutivi e degli statuti delle società di capitali e delle società cooperative, e non sono applicabili alle società di persone, l'art. 34 d.lg. n. 5/2003, vista la genericità del richiamo operato nel comma 1 agli atti costitutivi delle società, si estende a tutti i rapporti societari senza alcuna distinzione tra società di capitali e società di persone con la conseguenza della nullità (rectius, inefficacia) della clausola compromissoria presente nello statuto di una società di persone tutte le volte in cui la stessa non preveda che il potere di nomina degli arbitri sia attribuito ad un terzo estraneo alla compagine sociale» (Tribunale Salerno, sez. I, 12 aprile 2007, n. 926, in *Dir. e prat. soc.* 2008, 5 75 nota Brenca).

In altre decisioni si sostiene la nullità parziale delle clausole non aggiornate, con automatica sostituzione della disciplina legale (in tal caso il terzo estraneo sarebbe da individuarsi nel presidente del tribunale).

«La controversia avente ad oggetto l'impugnazione di delibere assembleari è deferibile al giudizio arbitrale. Le norme transitorie di cui agli art. 223 bis e duodecies disp. att. c.c. si applicano anche alla disciplina prevista dall'art. 34 d.lg. n. 5 del 2003. Di conseguenza la clausola compromissoria che non affida il potere di nomina degli arbitri ad un terzo estraneo non è nulla. In ogni caso la clausola compromissoria, priva dei requisiti imposti dalla nuova normativa, mantiene la propria validità in forza dell'art. 1419, comma 2, c.c.» (Tribunale Torino, 27 settembre 2004).

«Ove sia applicabile il disposto dell'art. 34 d.lg. n. 5 del 2003,

va comunque fatta applicazione dell'art. 1419 c.c., atteso che, in ogni caso, la disposizione negoziale contenuta nella clausola compromissoria di nomina degli arbitri ad opera delle parti manifesta nella maniera più chiara e inequivocabile la volontà delle stesse di sottrarre alla cognizione dell'autorità giurisdizionale ordinaria ogni e qualsiasi tipo di controversia tra i soci e la società, con conseguente operatività della disposizione negoziale contenuta nella clausola arbitrale che rimette al presidente di un ordine professionale (soggetto indubbiamente estraneo alla società), la nomina degli arbitri non nominati dalle parti (e, dunque, di tutti gli arbitri)» (Tribunale Torino, 27 settembre 2004. *Vita not.* 2005, 820 nota Coltraro. *Dir. e prat. soc.* 2005, 10 80 nota Soldati).

«In applicazione dell'art. 1419 comma 1 c. c., la presenza di un meccanismo residuale di nomina degli arbitri da parte di un terzo estraneo non comporta la nullità dell'intera clausola compromissoria, contenuta nello statuto di una società (nella specie: di capitali), introdotta antecedentemente alla data di entrata in vigore del d.lg. 17 gennaio 2003 n. 5 e non adeguata al disposto dell'art. 34 comma 2 del predetto decreto» (Trib. Milano, 22 settembre 2006, in *Giur. it.* 2007, 2 399 nota Cerrato).

10. Disciplina del procedimento (art. 35).

«Art. 35.1. La domanda di arbitrato proposta dalla società o in suo confronto è depositata presso il registro delle imprese ed è accessibile ai soci.

2. Nel procedimento arbitrale promosso a seguito della clausola compromissoria di cui all'articolo 34, l'intervento di terzi a norma dell'articolo 105 del codice di procedura civile nonché l'intervento di altri soci a norma degli articoli 106 e 107 dello stesso codice è ammesso fino alla prima udienza di trattazione. Si applica l'articolo 820, comma secondo, del codice di procedura civile.

3. Nel procedimento arbitrale non si applica l'articolo 819, primo comma, del codice di procedura civile; tuttavia il lodo è sempre impugnabile, anche in deroga a quanto previsto per l'arbitrato internazionale dall'articolo 838 del codice di procedura civile, a norma degli articoli 829, primo comma, e 831 dello stesso codice.

4. Le statuizioni del lodo sono vincolanti per la società.

5. La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'articolo 669-quinquies del codice di procedura civile, ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera.

5-bis. I dispositivi dell'ordinanza di sospensione e del lodo che decide sull'impugnazione devono essere iscritti, a cura degli amministratori, nel registro delle imprese».

«Art. 1.4 comma D.lgs.5/2003. Per quanto non diversamente disciplinato dal presente decreto, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili». «L'art. 35 d.lg. n. 5 del 2003 consente agli arbitri di sospendere anche le deliberazioni dell'organo amministrativo delle società di capitali» (Trib. Bologna, 9 aprile 2008, n. 130, in *Riv. arbitrato* 2007, 4 627 nota Grossi).

11. Arbitrato irrituale societario.

«Art. 35-5. La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'articolo 669-quinquies del codice di procedura civile, ma se la clausola compromissoria consente la de-

voluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera».

Dell'inciso contenuto in apertura di questa disposizione è stato ricavato argomento a sostegno delle opposte tesi circa la compatibilità dell'arbitrato irrituale.

Nel senso dell'estraneità:

«La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli art. 34, 35, 36 d.lg. 17 gennaio 2003 n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali (salvo l'accenno contenuto all'art. 35, comma 5), ma introduce e disciplina una speciale forma di arbitrato rituale» (Trib. Biella, 28 febbraio 2005. *Giur. it.* 2006, 1 101, *Giur. comm.* 2006, 3 500 nota CERRATO).

«È valida la clausola compromissoria introdotta ex novo nello statuto di una società (nella specie: di persone) e non conforme all'art. 34 D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, la clausola prevedeva un arbitrato irrituale e stabiliva che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente del Tribunale)» (App. Torino, 29 marzo 2007. *Giur. it.* 2007, 10 2237 nota Cerrato).

«La clausola compromissoria contenuta nello statuto sociale che devolve ad un arbitro nominato di comune accordo dai soci "le controversie che dovessero sorgere in seno alla società", induce a ritenere che le parti abbiano previsto l'arbitrato in forma irrituale se viene altresì riconosciuto all'arbitro il potere di pronunciarsi "senza bisogno di formalità", ovvero laddove risulti essere demandato allo stesso arbitro il potere di emettere una decisione comunque riconducibile alla volontà delle stesse parti contraenti, tale da risolvere sul piano negoziale la lite insorta tra i soci nell'ambito della società» (Trib. Trani, 06 febbraio 2007, n. 89, in *Giurisprudenzabarese.it* 2007).

«Nel senso dell'inclusione la disposizione di cui all'art. 34, comma 2, d.lg. 17 gennaio 2003 n. 5, sancisce, "a pena di nullità", che la clausola compromissoria deve conferire in ogni caso il potere di nomina di tutti gli arbitri ad un soggetto estraneo alla società, sia da riferire anche alla clausola compromissoria per arbitrato irrituale, con la conseguenza che la clausola compromissoria, non adeguata alla disciplina imperativa sopravvenuta, deve ritenersi comunque nulla» (Trib. Bari, 24 gennaio 2005, in *Giurisprudenza barese.it* 2005).

12. Clausola compromissoria ed arbitrato di equità.

«Art. 36.1. Anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile, gli arbitri debbono decidere secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell'articolo 829, secondo comma, del codice di procedura civile quando per decidere abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari.

2. La presente disposizione si applica anche al lodo emesso in un arbitrato internazionale».

Alla luce di quanto detto e dunque nei limiti di operatività della riforma, può leggersi l'art. 36 primo comma.

La norma assimila alle questioni non compromettibili, ma conoscibili *incidenter tantum*, le controversie arbitrali aventi ad oggetto (principale) la validità delle delibere assembleari, indipendentemente dalla circostanza che tali delibere siano o no compromettibili (a seconda che abbiano o meno ad oggetto interessi della società, ovvero che riguardino la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi). Tali previsioni, definite di carattere garantista, vengono giu-

stificate dalla dottrina sia per la necessità di assicurare l'applicazione integrale della legge, laddove siano coinvolti interessi non disponibili o di rilevanza generale - sull'evidente presupposto che il giudizio di equità implichi di per sé una deroga più o meno sensibile alle norme dettate dal legislatore ovvero una disposizione del diritto controverso -, sia di consentire sulle stesse materie quel controllo dell'autorità giudiziaria ordinaria che essendo tipico di un normale giudizio non può non valere in un procedimento - quale l'arbitrato societario - così tanto reso simile a quello per modo di operare e per effetti. Qualche perplessità desta invece l'estensione della disciplina all'arbitrato internazionale, per la sua estrema rigidità a fronte di legislazioni assai più elastiche, come si evince ad esempio dall'esperienza nordamericana (il problema non sembra superato dalla formale abrogazione della disciplina dell'arbitrato internazionale ad opera della novella del 2006/40, la quale è infatti tesa a dare una univoca disciplina all'arbitrato).

La disposizione, a ben vedere, non esclude a priori che si possa ricorrere ad un arbitrato societario di equità o si possa dichiarare inappellabile la decisione arbitrale (da ricordare che oggi, per effetto dell'ultima riforma dell'arbitrato 2006/40 tutte le decisioni sono inappellabili, salva diversa volontà delle parti), ma rende certamente tali previsioni meno rilevanti e per ciò stesso "appetibili". In questo senso non è un caso che nei modelli di clausole compromissorie societarie predisposte dalle Camere arbitrali (si vedano quelli suggeriti dalla Camera arbitrale di Milano) da inserire negli statuti o negli atti costitutivi, si disponga che "gli arbitri decideranno secondo diritto". Se è vero che la norma è assai meno drastica di altre (si pensi alla nullità della clausola compromissoria disposta dall'art. 808, 2° comma c.p.c. in tema di controversie individuali di lavoro, norma oggi peraltro abrogata), ma ne sancisce soltanto una sorta di automatica riconduzione a pre-costituiti parametri, considerando le previsioni difformi *tamquam non esset*, è altrettanto vero che determina un inevitabile scivolamento verso la forma privilegiata dal legislatore societario e cioè quella di un arbitrato di diritto sogget-

to ad impugnazione. È infatti evidente che gli arbitri, per non correre il rischio di vedersi annullare il lodo per violazione di una norma imperativa (nel caso qualificassero erroneamente come compromettibile una questione da essi conosciuta *incidenter tantum*), tenderanno a giudicare comunque secondo diritto; è d'altra parte chiaro che laddove gli arbitri abbiano per decidere conosciute *incidenter tantum* questioni non compromettibili, per ragioni di certezza e di inseparabilità dell'oggetto dell'impugnazione l'intero lodo dovrà essere emesso secondo diritto e tutto sarà soggetto ad impugnazione.

Altra questione, che però ci porterebbe lontano dal tema, è il ricordare che nella prassi arbitrale gli arbitri di equità decidono pressoché sempre secondo diritto e che in concreto il problema si sposta specialmente sulla motivazione del lodo, discutendosi se essa debba o meno contenere la precisazione che le norme applicate siano anche conformi all'equità. (al riguardo si rinvia a C. Tenella Sillani, *L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*, Giuffrè, 2006).

In ogni caso, laddove non ricorrano le ipotesi di cui all'art. 36, gli arbitri del nuovo arbitrato societario potranno giudicare secondo equità od emettere un lodo di diritto non impugnabile se questa è la volontà delle parti. In tale prospettiva occorre valutare le formule utilizzate nella clausola compromissoria, secondo i criteri tradizionalmente individuati dagli interpreti: in particolare potrà essere rilevante, a parte il riferimento esplicito al termine "equità" o alle formule da esso derivate come "equo", "equitativo", "*pro bono et aequo*" ovvero "secondo diritto ed equità", la qualifica degli arbitri "come amichevoli compositori" (purché non accompagnata da altre indicazioni che ne rendano equivoco il significato); altre definizioni, come in particolare la dichiarazione di inappellabilità o inimpugnabilità del lodo, ovvero la indicazione dell'arbitrato come irrituale, sono invece ritenute prive di rilievo essendo di valore non equivalente o troppo indeterminate, soprattutto alla luce delle modifiche introdotte con la novella del 2006. Correlativamente è sufficiente che le parti dichiarino nella clausola compromissoria che il lodo sarà inappellabile o non impugnabile, perché la decisione presa assuma tali caratteri.

**Le locazioni abitative.
Determinazione dell'ambito
di applicazione della legge
N. 431/1998.
Lineamenti interpretativi.**

Marina Maistrello

Magistrato, Corte d'Appello di Genova

.....l'organizzazione giuridica è un sistema coerente.

Tarello

*Tre sole parole di rettifica del legislatore
ed intere biblioteche diventano carta da macero.*

von Kirchmann

Il solo pensiero di una causa basterebbe già a farmi fuggire nelle Indie.

Moliere

Sommario: 1. *Introduzione.* - 1.1. *La storia dell'istituto.* - 2. *Le locazioni abitative.* - 3. *Problematiche (residue) della L. 392/1978.* - 3.1. *L'art 26 L. 392/1978.* - 3.2. *Simulazione e frode alla legge* - 3.3. *Il contatto ad uso foresteria e per esigenze transitorie di lavoratori e di studenti fuori sede.* - 3.3.1. *Il contratto di foresteria.* - 3.3.2. *Ancora sull'art. 26 L. 392/1978.* - 3.4. *Durata dei contratti in corso al 30/12/1998.* - 3.5. *Contratto anteriore al 30/12/1998 scritto e non registrato.* - 3.6. *Durata e scadenza dei contratti stipulati in deroga ex L. 359/1992, prima del 30/12/1998.* - 4. *I "nuovi contratti".* - 4.1. *Durata dei contratti "agevolati" di cui all'art. 2, commi 3 e 5 L. 431/1998. Loro tacito rinnovo.* - 4.2. *Esercizio del diniego di rinnovo alla prima scadenza.* - 4.3. *Superamento e non applicabilità ulteriore dell'equo canone dopo la scadenza del contratto originario, determinata ex L. 431/1998.* - 4.4. *Forma scritta e registrazione del contratto.* - 4.5. *L'ipotesi di nullità di tutti i contratti locatizi introdotta dall'art. 1 (c. 346) della Legge Finanziaria 2005.* - 4.6. *Decadenza e prescrizione.* 4.7. *Contratti di natura transitoria (art. 5 L. 431/1998).* - 4.8. *L'art 80 L. 392/1978.* - 5. *Danni da ritardato rilascio.* - 6. *Obbligo del locatore di mantenimento della res locata in condizioni di buona manutenzione e idonea all'uso pattuito.* - 7. *Obbligo del conduttore di restituzione nel pristino stato dell'immobile.* - 8. *Indennità per i miglioramenti e le addizioni.* - 9. *Contratto stipulato dall'usufruttuario in frode al nudo proprietario.* - 10. *Questioni processuali.* - 10.1. *La clausola arbitrale.* - 10.2. *Decreto ingiuntivo non opposto e costituente giudicato in ordine all'entità del canone.* - 10.3. *Modifica dell'art. 429 c.p.c. (D. L. n. 112/2008, convertito nella L. n. 147/2008).*

1. Introduzione.

Per poter ben comprendere e correttamente interpretare le norme in vigore e per affrontare le questioni concrete da decidere, specie nella materia in esame, è sempre opportuno, e, talvolta, anche indispensabile, partire dal passato e, pertanto, dalla normativa *antea* vigente (1). Questo principio vale, in particolare, per interpretare ed applicare la disciplina giuridica *delle locazioni*, tradizionalmente travagliata e caratterizzata dall'esigenza di *comporre il conflitto* tra i contrapposti interessi, entrambi di rango costituzionale, del locatore e del conduttore, conflitto da sempre molto accentuato soprattutto nell'ambito della categoria delle locazioni di immobili destinati ad uso abitativo (2). In *subiecta materia* vi è stata una limitazione dell'autonomia privata, con interventi incisivi ed autoritativi da parte del legislatore, su *elementi essenziali*

del rapporto di locazione (*durata* contrattuale e *entità* del canone), limitazione dell'autonomia privata che è iniziata nelle epoche di penuria di alloggi, dovuta agli eventi bellici, e si è protratta per periodi che venivano sempre annunciati come limitati nel tempo e che, invece, finivano per protrarsi per decenni. Si vedano, in punto, gli interventi della Corte Cost. in tema di "legislazione vincolistica" e in ordine a normativa che autoritativamente prorogava nel tempo la durata convenzionale dei contratti di locazione, con contenuto, in sostanza, *espropriativo* della proprietà privata immobiliare.

1.1. La storia dell'istituto.

Gli interventi limitativi dell'autonomia privata in materia di locazione iniziano con la legislazione speciale successiva alla guerra 1915 - 1918 e sino al 1926; quindi, nel 1934, interviene un nuovo blocco (misure a difesa della lira), che impone una *drastica riduzione dei canoni* nei contratti in corso e introduce una sorta di "*canone legale*" nei contratti di nuova stipulazione. Nel 1940, con la seconda guerra mondiale, si ha un nuovo "blocco delle pigioni" e un blocco nell'esecuzione degli sfratti. Poi, nel periodo compreso tra l'1/3/1947 e l'1/12/1969, i contratti locatizi stipulati nello stesso periodo sono liberi e regolati solo dalla disciplina del codice civile. Nel 1969 si ha una nuova proroga della durata per i contratti a uso abitativo e nel 1971 una proroga della durata anche per gli immobili destinati a uso diverso da abitazione. Ma, proprio in tale periodo, era intervenuta la L. 253/1950, che aveva introdotto per le locazioni prorogate una disciplina organica: tale legge è da ritenersi alla base della normativa vincolistica successiva, che vige sino al 30/7/1978, data di entrata in vigore della L. 392/1978 (*legge dell'equo canone*). La L. 392/1978 doveva, nell'intenzione del legislatore, por fine al regime vincolistico relativo alla durata dei contratti locatizi, ma, come è noto, ciò non è avvenuto ed, anzi, in questo ultimo trentennio, sono *regolarmente intervenute* disposizioni (nella forma, in genere, di decreti legge, poi convertiti in legge e a volte reiterati), di proroga e blocco delle esecuzioni degli sfratti per finita locazione, ma anche per morosità (L. 551/1988 e L. 94/1982). Tali disposizioni avevano istituito le Commissioni Prefettizie per la graduazione della concessione della Forza Pubblica, al fine dell'assistenza per l'esecuzione degli sfratti. Da ultimo, è intervenuta la L. 431/1998 con l'art. 6 (sul quale si è pronunciata la Corte Cost. circa il presupposto della regolarità fiscale per l'esecuzione dello sfratto) e, in seguito, vi sono state le varie disposizioni che hanno procrastinato, con *complicati richiami* alla disciplina anteriore (e, cioè, alla L. 551/1988, se non alla L. 94/1982), l'esecuzione degli sfratti per finita locazione (*adde*, la proroga dell'esecuzione degli sfratti, disposta con il D. L. 1 luglio 2009, fino al 31 dicembre 2009, per particolari categorie di soggetti - si tratta del c. d. *decreto anticrisi* -). *Medio tempore*, peraltro, era intervenuta la L. 359/1992 (*patti in deroga*), che aveva introdotto una sorta di "liberalizzazione", in vista del programma graduale e definitivo abbandono e superamento della legge dell'equo canone, che è poi stato attuato dalla L. 431/1998, in vigore per le locazioni abitative. In oggi, la *disciplina delle locazioni* è *frammentaria* ed è *contenuta in diversi testi normativi*, a seconda, *in primis*, della "destinazione pattuita" dell'immobile oggetto del contratto (3).

2. Le locazioni abitative.

La disciplina sostanziale delle locazioni abitative (4) si rinviene nella L. 431/1998, il cui ambito di applicazione è, peraltro, limitato e non si estende ad alcune categorie locatizie (immobili vincolati o inclusi nelle categorie A1, A8 e A9, che

sono sottoposti solo al codice civile; alloggi di ERP, che sono sottoposti alla normativa vigente statale e regionale; alloggi locati esclusivamente per finalità turistiche; alloggi presi in locazione da enti locali per soddisfare esigenze abitative di carattere transitorio, che sono soggetti alla disciplina del codice civile). Si tenga presente che l'art. 14 della legge (*Disposizioni transitorie e abrogazione di norme*), ha abrogato l'art. 11 del decreto legge 333/1992, convertito nella L. 359/1992 (*patti in deroga*) e numerose norme della L. 392/1978, ma non tutte. Della L. 392/1978, sono in oggi vigenti l'art. 2 (*sublocazione totale e parziale e cessione del contratto*), gli artt. dal 4 all'11, gli artt. dal 27 al 53 (tra cui le *disposizioni processuali* dagli artt. 43 al 53), gli artt. dal 55 al 59, gli artt. dal 66 al 74 e gli artt. dall'80 (*uso diverso da quello pattuito*) all'82. Il disposto dell'art. 45, u. c. L. 392/1978, tuttora in vigore, dispone che fino al termine del giudizio, introdotto, di solito, dal conduttore, di determinazione del canone, questi è obbligato a corrispondere, salvo conguaglio, l'importo non contestato: tale norma autorizza il conduttore alla riduzione del canone e al versamento, a tale titolo, della somma "non contestata", il che potrebbe significare quella da lui ritenuta dovuta, solo dopo la introduzione del giudizio che, attualmente, potrebbe concernere, oltre che l'adeguamento e l'aggiornamento del canone, anche la sua entità, in relazione a denunciati vizi dell'alloggio, che lo rendono parzialmente inidoneo alla pattuita destinazione abitativa, e non prima. Pertanto, è rischioso per il conduttore *autoridurre* il canone, a causa di lamentati vizi dell'immobile, senza prima avere introdotto il relativo giudizio, poiché tale *autoriduzione* lo espone al rischio di essere sfrattato per parziale morosità, anche a seguito di pronuncia di ordinanza ex art. 665 c.p.c., se l'opposizione non paia, ad un sommario esame, fondata. Quando ciò avviene, di solito, all'udienza, consiglio al difensore del conduttore, che ha proposto opposizione alla convalida di sfratto per morosità, di rinunciare a tale opposizione e di chiedere *termine di grazia* per l'intero canone, con espressa riserva di far valere le proprie ragioni e di ripetere quanto risulterà versato per canoni in eccesso al dovuto, in separato giudizio, che egli stesso avrà interesse a introdurre, per la determinazione della misura del canone effettivamente dovuto (5).

3. Problematiche (residue) della L. 392/1978.

3.1. L'art. 26 L. 392/1978.

La norma disponeva che non si applicasse l'equo canone se la popolazione residente non aveva subito variazioni in aumento percentuale pari o superiore a quello medio nazionale secondo i dati Istat, nel quinquennio precedente all'entrata in vigore della L. 392/1978 (30/7/1973-30/7/1978) e, successivamente, ad ogni quinquennio. Quindi la *ratio della disposizione* era quella di tutelare il conduttore, con applicazione autoritativa dell'equo canone, nei piccoli comuni che, pur avendo avuto nel censimento del 1971 popolazione residente inferiore a 5000 abitanti, avessero avuto un *incremento* della popolazione nel quinquennio luglio 1973 - luglio 1978 e, così via, nei successivi quinquenni, riferito agli indici Istat, tale da far ritenere sussistente una situazione (sopravvenuta) di "tensione abitativa" e penuria di alloggi, che giustificava l'applicazione dell'equo canone, così come nei centri ad "alta tensione abitativa" (6).

3.2. Simulazione e frode alla legge.

Una fattispecie che si presentava con frequenza era quella del contratto stipulato *formalmente* per seconda casa e/o per uso transitorio o anche a uso diverso (canone libero), a soggetto

non residente, ma con *reale ed effettiva* destinazione a sua primaria e stabile abitazione. In ipotesi di contratto, poi, con un conduttore formale (intestataro del contratto) diverso dall'effettivo conduttore, ci si trovava di fronte ad una situazione comportante l'applicazione della normativa sul litisconsorzio necessario: in causa doveva essere convenuto anche il conduttore formale per la pronuncia della simulazione e dell'interposizione fittizia. Si deve precisare che era, però, insufficiente, per l'applicabilità dell'equo canone, la destinazione reale ad abitazione stabile, ma occorreva la *necessità* anche della *conoscenza* di tale *reale destinazione*, da parte del locatore (7).

3.3. Il contratto a uso di foresteria e per esigenze transitorie di lavoratori e studenti fuori sede.

1. Il contratto di foresteria.

Tale tipologia contrattuale veniva (viene) utilizzata per ovviare ad esigenze abitative temporanee, per motivi di lavoro, di dipendenti di azienda fuori sede temporaneamente. Il contratto di foresteria, sotto la vigenza della legge dell'equo canone, veniva spesso utilizzato in frode alla L. 392/1978, allora in vigore per l'uso abitativo, e con applicazione del canone libero, e con (conseguenziale) nullità delle clausole contrattuali in tema di durata e entità del canone, per quanto eccedente l'equo canone; in particolare venivano stipulati contratti con conduttrice formale e apparente una piccola società (di persone) senza dipendenti, ma con effettiva destinazione abitativa, primaria e stabile, del legale rappresentante della società che era, pertanto, da considerarsi come il reale ed effettivo conduttore (8).

3.3.2. Ancora sull'art. 26 L. 392/1978.

Ai sensi dell'art. 26 L. 392/1978, la deroga alla normativa di *carattere imperativo*, era possibile *solo* per la durata del contratto: perciò si applicava l'equo canone al contratto locativo con cui lo studente o il lavoratore, fuori sede, prendeva in locazione un alloggio, per un breve periodo, per esigenze connesse al rapporto di lavoro o alla sede di studio. Spesso, in tali situazioni, si ricorreva a contratti ad uso di "seconda casa" transitori, in cui il conduttore, anagraficamente residente in altra città, dichiarava di avere esigenza di un'abitazione transitoria: in tali casi il contratto era nullo e in frode alla legge e si applicava l'equo canone. In oggi, con l'entrata in vigore della L. 431/1998, si applica l'art. 5 della stessa. Costituiscono *novità normative* della nuova disciplina: la transitorietà delle esigenze del locatore; la specificazione in contratto delle concrete esigenze transitorie, la formalità di lettera racc. di conferma di esigenze transitorie del conduttore. Il canone è vincolato e la durata è liberamente determinata dalle parti nell'ambito degli accordi tra le Organizzazioni Territoriali della proprietà e dell'inquinato (anche in sede locale) e della normativa - quadro vigente.

3.4. Durata dei contratti in corso al 30/12/1998.

È forse opportuno esaminare tale problema ricorrendo ad una ipotesi pratica. Nel caso di contratti stipulati prima del 30/12/1998 a regime di equo canone, cioè, non ex L. 359/1992 sui *patti in deroga*, per determinare la scadenza di tali contratti che non erano stati disdettati alla data del 30/12/1998 (entrata in vigore della L. 431/1998), occorre partire dalla disciplina codicistica: l'art. 1573 c.c. prevede la locazione con determinazione della durata che non può eccedere i trenta anni e l'art. 1596, c. 1 c.c. prevede che, in tal caso, il rapporto cessa automaticamente alla scadenza, senza necessità di disdetta (9). Invece l'art. 1574 prevede la locazione senza determinazione pattizia della durata e ne determina la durata stessa (un anno per abitazione non ammobili-

liata) e l'art. 1596, c. 2 c.c. prevede la necessità, in tal caso, della disdetta nel termine stabilito dalle parti o dagli usi, pena il rinnovo tacito del rapporto (art. 1597 c. c.). Pertanto, nel codice civile la necessità della disdetta per impedire la tacita rinnovazione del contratto si ha solo nei rapporti senza determinazione di durata. Tale impostazione è stata *sovertita* dalla L. 392/1978 che aveva stabilito autoritativamente una durata minima di quattro anni e all'art. 3 aveva imposto la necessità della disdetta del locatore da inviarsi sei mesi prima della scadenza del contratto (*recte*, da riceversi dal conduttore, trattandosi di atto unilaterale *recettizio*). Quindi, per le locazioni di immobili a uso abitativo (di norma a equo canone, almeno se stipulate prima della L. 359/1992), per evitare il rinnovo tacito del contratto alla scadenza pattuita (o, se inferiore, a quella legale minima di quattro anni), era necessario l'*invio* e la *ricezione* da parte del conduttore della disdetta del locatore almeno sei mesi *prima* della scadenza. Ma quando si verifica il rinnovo tacito del contratto, in caso di omessa o tardiva disdetta? Alla scadenza del contratto o alla scadenza del termine per la disdetta che non è stata intimata? La dottrina sul punto parla di "*effetto prodromico della disdetta*", nel senso che, sin dalla scadenza del termine per l'intimazione della disdetta – che non è stata data – si produce l'effetto della tacita rinnovazione del contratto (per un periodo di quattro anni che decorre, ovviamente, dalla scadenza), non essendo ormai più possibile inviare efficace e valida disdetta ed evitare la rinnovazione tacita del contratto, alla scadenza. Pertanto, il momento determinante a cui occorre riferirsi per la tacita rinnovazione del contratto non è quello della sua scadenza, ma quello, anteriore, della scadenza del termine per la disdetta che non è stata data ed è ovvio che occorre riferirsi alla disciplina della disdetta, del rinnovo tacito e della sua durata, vigente a tale data (scadenza del termine per la disdetta) e che resta ininfluente la disciplina di tali istituti, eventualmente cambiata, vigente alla scadenza del contratto; ciò perché il locatore, che deve scegliere tra intimare la disdetta o meno, deve essere posto in grado di "scegliere" sulla base della disciplina vigente alla data di scadenza del termine per la disdetta e di "conoscere" le conseguenze che deriveranno dal mancato esercizio della facoltà di disdetta: solo così egli potrà effettivamente esercitare una scelta consapevole e libera. Ciò è rilevante nei casi in cui sia mutata la disciplina della durata del contratto tacitamente rinnovato vigente alla scadenza del termine per la disdetta, rispetto a quella – nuova e diversa – vigente alla data di scadenza del contratto, cosa che si è verificata con l'entrata in vigore della L. 431/1998, che prevede una durata legale di quattro anni più altri quattro, per i contratti a canone libero e una durata di tre anni più due, per quelli c. d. "agevolati", durata più lunga e onerosa, per il locatore, di quella di quattro anni prevista dalla L. 392/1978 all'art. 3, che, peraltro, è stato espressamente abrogato dall'art. 14, c. 4 della L. 431/1978 e che quindi dal 30/12/1998 non è più vigente, fatto salvo il disposto del c. 5 (*ai contratti per la loro intera durata* - sono i contratti in corso alla data del 30/12/1998 - *continuano ad applicarsi ad ogni effetto le norme vigenti prima di tale data*). Questa norma deve essere *coordinata* con quella del c. 6 dell'art. 2, secondo la quale i contratti stipulati prima del 30/12/1998 che si rinnovano tacitamente sono disciplinati dal c. 1 dello stesso art. 2 (durata di quattro anni più quattro) e, inoltre, l'art. 1, c. 1 sancisce che i contratti locatizi abitativi, rinnovati dopo il 30/12/1998 sono rinnovati secondo la disciplina dei c. 1 e 3 dell'art. 2. Pertanto, in linea generale, deve ritenersi che i vecchi contratti ancora vigenti alla data

del 30/12/1998, perché non disdettati, abbiano il rinnovo tacito di quattro anni più quattro previsto dall'art. 2, commi 1 e 6, con la precisazione però che (art. 14, c. 5) per la loro intera durata ad essi continuano ad applicarsi le norme vigenti prima del 30/12/1998 e, in particolare, l'art. 3 L. 392/1978, che prevede un rinnovo tacito di soli quattro anni in caso di omessa o tardiva disdetta. È tutt'altro che indifferente per il locatore di un immobile a uso abitativo il cui contratto fosse in corso alla data del 30/12/1998 subire, in caso di omessa o tardiva disdetta sei mesi prima della scadenza del contratto, un rinnovo tacito di quattro anni, ex art. 3 L. 392/1978 o invece un rinnovo tacito (con ogni probabilità) di otto anni (quattro più quattro) ex art. 2, commi 1 e 6 L. 431/1998. Perciò è determinante riferirsi, per determinare la durata del tacito rinnovo, alla disciplina vigente alla data di scadenza del termine per la disdetta: se tale termine scadeva prima del 30/12/1998, il locatore ha potuto scegliere se inviare o meno la disdetta sapendo che se non la avesse intimata avrebbe subito un rinnovo tacito di quattro anni soltanto (ad es., contratto 1/1/1995 con scadenza al 31/12/1998 – dopo il 30/12/1998 – e con termine per la disdetta che scadeva il 30/6/1998 – prima del 30/12/1998 –: alla scadenza del termine per la disdetta del 30/6/1998 vigeva l'art. 3 L. 392/1978 e il rinnovo tacito per mancata disdetta è quindi stato di soli quattro anni – sino al 31/12/2002), secondo la vecchia disciplina, restando irrilevante il fatto che la scadenza del contratto sia successiva al 30/12/1998. Sarebbe ingiusto, in tal caso, applicare il rinnovo di quattro anni più quattro, di cui alla nuova legge, perché tale disciplina più sfavorevole al locatore non era ancora vigente alla scadenza del termine per la disdetta, oltre che contrario con la citata norma di cui all'art. 14, c. 5 L. 431/1998. Se, invece, tale termine per la disdetta scadeva dopo il 30/12/1998 (ad es., contratto dell'1/8/1995 scadente il 31/7/1999 e con termine per la disdetta scadente il 31/1/1999 e, quindi, dopo la data del 30/12/1998), il locatore, ormai vigente, da tale data, del 30/12/1998 la nuova disciplina, più gravosa, del rinnovo tacito del contratto per quattro anni più quattro (artt. 2, c. 1 e 6), ha potuto scegliere con la consapevolezza che, in caso di omessa o tardiva disdetta da parte sua, egli avrebbe subito un rinnovo tacito di otto anni; in tale caso, in base alla norma di cui all'art. 14, c. 5 cit., al contratto le norme anteriori sono applicabili solo sino alla scadenza del contratto del 31/7/1999 e non oltre tale scadenza e, per il successivo periodo di tacito rinnovo di (con ogni probabilità) otto anni (31/7/2007), la disciplina applicabile al rapporto non è più quella dell'equo canone, non più vigente, ma quella dell'art. 2, c. 1 L. 431/98 (anche in base all'art. 1, c. 1 e all'art. 2, c. 6). Altro problema, in tale ultimo caso, è quello della sopravvivenza o meno per il periodo del tacito rinnovo – sino al 31/7/2007 – dell'equo canone (T. Genova 16/11/07; 4/7/2008 e 31/5/06) (10).

3.5. Contratto anteriore al 30/12/1998 scritto e non registrato.

Nella specie (e in sentenza del T. Genova 27/9/07), ho sostenuto che il contratto non registrato è inopponibile al nuovo locatore ex art. 1599 c.c. (*Trasferimento a titolo particolare della cosa locata*) e che la sua durata, ex artt. 1600 e 1574 c. c., è di un anno decorrente dalla data di acquisto della proprietà dell'alloggio da parte del nuovo proprietario (L'autrice dello scritto pare accogliere la soluzione, già prospettata a suo tempo dal Provera in *Locazione. Disposizioni generali, Commentario del codice civile* (a cura di Scialoja e Branca), *sub artt. 1571 – 1606*, Bologna – Roma, 1980, pp. 440 – 441)

3.6. Durata e scadenza dei contratti stipulati in deroga ex L. 359/1992, prima del 30/12/1998.

Sul problema della durata e scadenza dei contratti stipulati ex L. 359/1992, prima del 30/12/1998, tacitamente rinnovati ed a seguito dell'entrata in vigore della L. 431/1998, che all'art. 14 ha abrogato l'art. 11 del D. L. 333/1992, convertito nella L. 359/1992, richiamo le sentenze del T. Genova 7/6/07 e 12/5/06, nelle quali ho sostenuto che, analogamente a quanto avviene nei contratti locatizi ad uso diverso da quello abitativo, anche nei contratti in deroga all'equo canone ex art. 11 del citato decreto convertito nella legge sui *patti in deroga* (quattro anni più quattro), la durata ordinaria del contratto, prevista e imposta autoritativamente *ex lege*, è quella (in sostanza) di otto anni, poiché per la prima scadenza del quadriennio è prevista, solo *eccezionalmente* e nella sussistenza dei *motivi* di cui all'art. 29 L. 392/1978, la facoltà del locatore di esercitare il diniego motivato di rinnovo del contratto per il secondo quadriennio e non anche la facoltà di disdetta il contratto puramente e semplicemente (e, cioè, senza uno dei motivi tassativi di cui all'art. 29, appunto); insomma il diniego di rinnovo alla prima scadenza è *istituto ben diverso* da quello della risoluzione del contratto, alla scadenza, per semplice disdetta. Per determinare la scadenza di tali contratti, a seguito dell'entrata in vigore della L. 431/1998, occorre prendere in considerazione, non la scadenza del primo quadriennio di durata, per la quale il locatore avrebbe potuto solo esercitare il diniego di rinnovo motivato, ma la scadenza del secondo quadriennio, per la quale era possibile la disdetta pura e semplice. In mancanza di tale disdetta, il contratto si è rinnovato tacitamente e si pongono gli stessi problemi già esaminati in relazione al rinnovo tacito e durata dello stesso per i vecchi contratti a equo canone a seguito dell'entrata in vigore della L. 431/1998; tali questioni vanno risolte nello stesso modo e cioè verificando se il termine per la disdetta, non intimata o tardivamente intimata dal locatore, per la scadenza degli otto anni del contratto (scadenza che può essere solo successiva all'11/7/2000), era scaduto prima o dopo il 30/12/1998: nel primo caso, si applica il regime del rinnovo anteriore (art. 14, c. 5 L. 431/98) e il tacito rinnovo è di soli quattro anni, mentre, nel secondo caso, il tacito rinnovo è di quattro anni più altri quattro ex artt. 2, c. 1 e 6 L. 431/1998, fermo restando che, per la scadenza del primo quadriennio di rinnovo tacito, il locatore ha la facoltà di esercitare il diniego di rinnovo *motivato* ex art. 3 L. 431/1998. Tale norma è stata *impropriamente* intitolata *disdetta* del contratto da parte del locatore, ma si tratta, in realtà, di *diniego di rinnovo* alla prima scadenza, come è reso evidente anche dal tenore del c. 1 della norma sopra citata.

4. I "nuovi contratti".

4.1. Durata dei contratti "agevolati" di cui all'art. 2, commi 3 e 5 L. 431/1998. Loro tacito rinnovo.

La norma, formulata in modo oscuro ed improprio, usa, per il biennio successivo al triennio di durata, il termine "proroga", facendo però salva la facoltà del locatore di esercitare il diniego motivato di rinnovo del contratto ex art. 3, per gli altri due anni. In realtà la durata di tali contratti è di tre anni e di altri due e la durata ordinaria, quindi, è di cinque anni, potendo il locatore, per la scadenza del primo triennio, solo esercitare il *diniego motivato* di rinnovo del contratto e non avendo anche la facoltà di far cessare il contratto alla fine del terzo anno, puramente e semplicemente, con disdetta non motivata. Pertanto, la *disdetta pura e semplice* del locatore per la scadenza del primo triennio è *inammissibile* e, se egli non

ha esercitato il diniego di rinnovo motivato del contratto per tale scadenza il rapporto locatizio è quindi proseguito per l'ulteriore periodo di due anni (chiamato *impropriamente* "proroga"). Il locatore ha facoltà di disdetta puramente e semplicemente il contratto per la scadenza di quel biennio, nel termine di sei mesi anteriore alla sua scadenza; resta da ciò distinto e separato il *fumoso meccanismo* previsto dalla seconda parte del c. 5 dell'art. 2 (procedura per il rinnovo a nuove condizioni o rinuncia al rinnovo), meccanismo rimesso all'iniziativa delle parti e che non mi risulta abbia avuto una diffusa applicazione, se non nel periodo in cui vennero a scadenza, dopo cinque anni dalla stipula, i primi contratti "agevolati" che erano stati stipulati non appena entrata in vigore la norma. Non ritengo, quindi, condivisibile l'opinione che la disdetta per la scadenza del quinquennio di durata debba essere intimata entro i sei mesi anteriori alla scadenza del primo triennio e penso invece che la disdetta possa essere data sei mesi prima della seconda scadenza (cinque anni), in applicazione dei principi generali. Sia il c. 1 che il c. 5, nel prevedere il tacito rinnovo dei contratti alla seconda scadenza, lo ricollegano solo alla mancata attivazione di una delle parti per il rinnovo a nuove condizioni e non anche alla mancanza di disdetta pura e semplice del locatore e prevedono che, in mancanza di tale comunicazione (proposta di rinnovo), il contratto è rinnovato tacitamente alle stesse condizioni. Ma che accade se nessuna delle parti si attiva per la proposta di rinnovo e se il locatore intima la disdetta o se il conduttore si è attivato a proporre il rinnovo a nuove condizioni e il locatore non lo ha accettato? A mio avviso, il contratto è tacitamente rinnovato alle stesse condizioni, a meno che il locatore o anche il conduttore non abbiano inviato tempestiva disdetta, entro i sei mesi anteriori alla scadenza dei cinque anni. Insomma, le citate norme si sono "dimenticate" di dire che il tacito rinnovo è comunque escluso dalla disdetta inviata e ricevuta dal conduttore sei mesi prima della scadenza e, d'altro lato, sarebbe incostituzionale privare il locatore della facoltà di far cessare il contratto alla scadenza con l'invio di una tempestiva disdetta. Forse, la più opportuna interpretazione della norma è quella per la quale nell'ambito della "rinuncia al rinnovo del contratto", da comunicarsi da una delle parti, è compresa anche la disdetta, da comunicarsi nello stesso termine di sei mesi previsto dalla norma. D'altro lato, cosa accadrebbe se il conduttore proponesse il rinnovo a nuove condizioni e il locatore non accettasse? Se il locatore non avesse inviato tempestiva disdetta, subirebbe il rinnovo del contratto alle stesse condizioni (o, meglio, altro non gli resterebbe che accettare le nuove condizioni propostegli) e se, invece, egli avesse inviato tempestiva disdetta, eviterebbe e impedirebbe la tacita rinnovazione del contratto (T. Genova 17/2/2006 e 9/5/2006). A questa problematica si collega quella del tacito rinnovo alla scadenza dei cinque anni: il rinnovo è di tre o di due anni? Ogni soluzione è possibile, data l'*oscurità e l'atecnicità della norma*; ad un sommario esame, ritengo che il tacito rinnovo sia di tre anni, in base al fatto che il periodo triennale è quello che la norma espressamente indica e prevede come *periodo ordinario* di durata del contratto: il secondo periodo di due anni, infatti, nonostante come già detto sia in realtà un periodo di ulteriore durata del contratto e non una proroga dello stesso, sembrerebbe un "ibrido", finalizzato a *consentire* al conduttore di trovare *altra sistemazione* abitativa. Ma mi rendo conto della *opinabilità* della soluzione. Sarebbe stato molto più semplice se la norma avesse previsto due eguali periodi di durata come previsto per gli usi diversi

e anche per i contratti a canone libero di cui all'art. 2, c. 1 (cfr.: ord. T. Genova 13/6/2008).

4.2. Esercizio del diniego di rinnovo alla prima scadenza.

L'art. 3, c. 4 fa riferimento alla procedura di cui all'art. 30 L. 392/1978: ricorso con il rito del lavoro e possibilità di pronuncia di ordinanza ex art. 30, che definisce il giudizio, in caso di mancata opposizione del conduttore. Sulla comunicazione del locatore di preavviso del diniego di rinnovo, si rileva che non è prescritta la *forma* della stessa, contenente, a pena di nullità, la specificazione del motivo tra quelli indicati dal c. 1 (tra tali motivi, sono una *novità* quello relativo alla disponibilità del conduttore di altro alloggio libero e idoneo nello stesso comune, quello della mancata e ingiustificata continuativa occupazione dell'alloggio da parte del conduttore, non succeduto legittimamente nel contratto (?) e quello dell'intenzione del locatore di vendere l'immobile, sempre che egli non abbia la proprietà di altri immobili a uso abitativo, oltre a quello eventualmente adibito a propria abitazione). È sufficiente la notifica sei mesi prima della prima scadenza del ricorso introduttivo della causa, che specifichi il motivo del diniego di rinnovo e non è necessario l'invio del preavviso con lettera raccomandata, non prescritto dalla norma. Sul punto, cfr.: T. Genova 31/7/03 (in *ALC* 2004, 1, 77). Ricordo, infine, la previsione di sanzioni a carico del locatore, che abbia riottenuto la disponibilità dell'immobile oggetto del rapporto locatizio per esercizio del diniego di rinnovo alla prima scadenza del contratto e non lo abbia, poi, entro il termine di dodici mesi, destinato all'uso annunciato; le controversie introdotte dai conduttori spesso impongono l'accertamento del dolo o della colpa del locatore, che, a volte, è risultato non avere dato all'alloggio la destinazione annunciata e per la quale aveva ottenuto il rilascio, entro il termine di dodici mesi, per motivi sopravvenuti, a lui non imputabili. In relazione a una fattispecie di diniego di rinnovo ex art. 3, lettera g) del contratto alla prima scadenza (locatore che intende vendere l'immobile), richiamo la sentenza T. Genova 5/10/2006, in cui ho sostenuto l'inapplicabilità di tale ipotesi al caso di locatore persona giuridica.

4.3. Superamento e non applicabilità ulteriore dell'equo canone dopo la scadenza del contratto originario, determinata ex L. 431/1998:

Sulla questione, richiamo le sentenze del T. Genova 10/5/2006 e 11/10/2006, in cui ho sostenuto che, a decorrere dalla data del tacito rinnovo per quattro anni più quattro dei vecchi contratti locatizi ex art. 2, commi 1 e 6 L. 431/1998, non sia più applicabile l'equo canone, ormai abrogato, atteso che i contratti sono ormai entrati nell'ambito della disciplina della L. 431/1998, cosicché i canoni in concreto versati da tale data, eccedenti l'equo canone, devono considerarsi "canoni liberi" e non sono ripetibili dal conduttore. Si veda, inoltre, la sentenza del T. Genova 11/1/2008, nella quale ho statuito che un contratto locatizio stipulato nel 2000 (*post* L. 431/1998), che stabiliva un canone superiore all'equo canone e non conteneva la clausola della nuova durata legale di quattro anni più quattro, è un valido contratto in deroga all'equo canone, con *inserzione automatica*, nella clausola contrattuale relativa alla durata, della durata legale del contratto; di conseguenza, ho respinto la domanda di ripetizione del conduttore delle somme versate in eccesso all'equo canone, che non ho ritenuto fondata, nella specie.

4.4. Forma scritta e registrazione del contratto.

La norma di cui all'art. 1, c. 4 della L. 431/1998 recita: "A decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge, per

la stipula di validi contratti di locazione è richiesta la forma scritta".

È prescritta la forma scritta *ad substantiam* per le locazioni abitative e ciò è un'assoluta *innovazione* nel settore locatizio, in cui *la forma è sempre stata libera* (e tuttora lo è per gli usi diversi e per i contratti relativi a immobili non soggetti alla L. 431/1998). La norma di cui all'art. 13, c. 1 recita: "È nulla ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato". L'interpretazione *costituzionalmente orientata* del combinato disposto di tali norme impone di ritenere che solo la forma scritta del contratto e non anche la sua registrazione siano state prescritte a pena di nullità dalla L. 431/1998, per cui un contratto scritto, ma non registrato, è valido, con la precisazione che possono sorgere problemi di esigibilità del canone, ex art. 13, c. 1 (Cass. sez. 3, n. 16089/2003 e Corte Cost. ord. n. 142/2004), norma che sarebbe relativa solo ai patti per l'aumento del canone intervenuti con scritture non registrate, *nel corso* del rapporto locatizio e *non contestualmente* alla stipula del contratto, scritto (registrato o meno, comunque valido, ex art. 1, c. 4). A ciò consegue che, se alla stipula del contratto, è stata sottoscritta *anche* una controdiagnosi non registrata, che prevede un canone maggiore di quello risultante dal contratto scritto e registrato, si ricade in un'ipotesi di simulazione del canone a fini di risparmio fiscale, che comporta l'applicazione di sanzioni a carico del locatore, ma non intacca l'esigibilità del maggior canone, poiché quest'ultimo è quello pattuito e voluto dalle parti(11).

4.5. L'ipotesi di nullità di tutti i contratti locatizi introdotta dall'art. 1 (c. 346) della Legge Finanziaria 2005.

L'art. 1, c. 346 (sic!) della L. 30/12/2004, entrata in vigore a gennaio 2005 (Legge Finanziaria 2005) recita: "I contratti di locazione o che comunque costituiscono diritti relativi di godimento di unità immobiliari o di loro porzioni, comunque stipulati, sono nulli se, ricorrendone i presupposti, non sono registrati". La registrazione già era imposta dal D. P. R. 131/1986 per i contratti locatizi di durata superiore a giorni trenta. Posto, quindi, che tutti i contratti locatizi stipulati dopo il gennaio 2005 devono, a pena di nullità, non solo avere forma scritta (regola che già era vigente per le sole locazioni abitative ex art. 1, c. 4 L. 431/1998 dal 30/12/1998), ma anche essere registrati, non mi pare sia possibile estendere la nuova norma, che prescrive la registrazione del contratto, a pena di nullità, anche ai contratti stipulati prima della sua entrata in vigore, che, a mio avviso, continueranno ad avere validità, a prescindere dalla mancata registrazione.

4.6. Decadenza e prescrizione.

L'art. 79 L. 392/1978, ora sostituito, *per le locazioni abitative*, dall'art. 13 L. 431/1978 (che ne ripropone, sostanzialmente, il contenuto), prevedeva la *nullità* di ogni pattuizione diretta a limitare la durata legale del contratto o ad attribuire al locatore un canone maggiore rispetto a quello equo o ad attribuirgli altro vantaggio in contrasto con le disposizioni della L. 392 di natura inderogabile, in quanto dirette a tutelare gli interessi del conduttore, considerato "parte debole" del rapporto contrattuale. Il c. 2 dispone che il conduttore può ripetere le somme sotto qualsiasi forma corrisposte in violazione dei divieti e limiti, con azione proponibile fino a *sei mesi* dopo la *riconsegna* dell'immobile locato. Tale termine di sei mesi è evidentemente un termine di decadenza processuale e, come tale, soggetto alla sospensione dei termini processuali nel periodo feriale. Nulla, però, dispone la norma in relazione al *diverso* e *ontologicamente distinto* istituto della

prescrizione del diritto del conduttore di *ripetere l'indebito* (prescrizione ordinaria).

La prescrizione decorre dal giorno del rilascio, in applicazione dell'art. 2935 c.c. (da quando il diritto può essere fatto valere), attesa la posizione del conduttore di contraente "debole", che perdura sino alla riconsegna dell'alloggio? Gli artt. 2941 e 2942 c.c. non prevedono che, pendente il rapporto locatizio, la prescrizione rimanga sospesa ed è pacifico che le ipotesi di sospensione dei termini prescrizionali siano eccezionali e non possano estendersi analogicamente e che le deroghe in tal senso (sospensione dei termini) al principio generale possano essere introdotte solo da specifiche disposizioni di legge. In materia locatizia non esiste alcuna norma che preveda la sospensione dei termini di prescrizione; pertanto ritengo che i termini non restino sospesi in pendenza del rapporto locatizio e che, quindi, nel caso di contratto di locazione che duri più di dieci anni, si possano verificare due ipotesi:

1) il conduttore che abbia rilasciato l'alloggio e che, entro il termine di decadenza di sei mesi, abbia proposto l'azione di ripetizione delle somme versate in eccesso al dovuto, dovrebbe limitare l'azione di ripetizione al periodo di dieci anni, che decorre a ritroso dalla data della *notifica* o di precedenti *atti interruttivi*, fermo restando che il giudice non può rilevare *ex officio* la prescrizione non opposta dal locatore convenuto in causa e, pertanto, il conduttore potrebbe provare a proporre domanda per un periodo superiore, in parte coperto da prescrizione, sperando che il locatore non sollevi l'eccezione di prescrizione;

2) il conduttore, nella situazione suddetta, che, entro i sei mesi dal rilascio, non abbia proposto l'azione di ripetizione e sia quindi incorso nella decadenza di legge, se la controparte eccepisce la decadenza, non ha diritto ad alcuna ripetizione, neppure per la parte relativa al periodo che non è ancora prescritto.

Perciò non condivido le argomentazioni poste alla base della motivazione della sentenza della Cass., sez. 3, n. 10128/2004, e ho l'impressione che ivi si confondano due istituti, la *prescrizione* del diritto alla ripetizione e il termine processuale di *decadenza*, che sono diversi e autonomi. Tale pronuncia si basa sui principi applicati in materia *giuslavoristica* dalla Corte Cost. nelle sentenze n. 63/1966 e n. 174/1972, che hanno applicato il principio secondo il quale, nei rapporti di lavoro in cui il lavoratore non gode di particolari garanzie circa la giustificazione del licenziamento (si noti, solo in tali rapporti e non in tutti), il termine prescrizionale dei diritti del lavoratore stesso decorre *solo* dalla data di cessazione del rapporto di lavoro e rimane *sospeso* in pendenza dello stesso. Diversa questione è quella di cui all'art. 2113 c. c., sostituito dall'art. 6 L. 11/8/1973 n. 533, che sancisce la invalidità delle rinunce e transazioni aventi ad oggetto diritti indisponibili del lavoratore e che prevede che il termine semestrale per l'impugnazione delle stesse decorra dalla cessazione del rapporto di lavoro, se le stesse sono intervenute in pendenza del rapporto di lavoro e dalla data della rinuncia o transazione, se le stesse sono intervenute dopo il termine del rapporto: tale termine di decadenza è analogo a quello di cui all'art. 79 L. 392/1978 in materia locatizia e, se i diritti derivanti da disposizioni inderogabili del lavoratore furono oggetto di rinuncia o transazione (invalida) e il lavoratore non ha impugnato entro il suddetto termine semestrale tale rinuncia o transazione, egli perde il suo diritto, a prescindere dal fatto che il relativo termine di prescrizione, rimasto sospeso in pendenza del rapporto di lavoro, fosse o meno decorso. Ciò atteso che il termine di decadenza, im-

sto per evidenti esigenze di contenere in tempi ragionevoli le controversie e le incertezze connesse ad un rapporto di lavoro ormai cessato e per esigenze di certezza dei rapporti giuridici, opera su un *piano diverso* rispetto a quello del termine di prescrizione e in un momento anteriore: in primo luogo, deve accertarsi se è intervenuta o meno la decadenza e, solo se essa non è intervenuta, si passa a esaminare la prescrizione del diritto. Tutto ciò inerisce alla disciplina *giuslavoristica*, nella quale vi sono stati i citati interventi della Corte Cost., l'ultimo dei quali ha chiarito che, a seguito dell'entrata in vigore delle L. n. 604/1966 e n. 300/1970, che hanno introdotto garanzie dei diritti dei lavoratori subordinati e assicurato stabilità al rapporto di lavoro (licenziamento per giusta causa e reintegrazione nel posto di lavoro), il principio circa la decorrenza del termine prescrizionale dei diritti del lavoratore a partire dalla data di cessazione del rapporto, può trovare applicazione solo nei rapporti di lavoro nei quali non trovano applicazione le citate nuove disposizioni di tutela del lavoratore e nei quali, quindi, permane l'esigenza di tutela del dipendente nel corso del rapporto di lavoro, atteso che egli è "parte debole" del rapporto e le sue scelte durante il suo svolgimento sono condizionate dal timore del licenziamento. Ma, nel settore locatizio, tali interventi non vi sono stati, né mi pare che sia ragionevole un'interpretazione analoga "in senso costituzionalmente orientato", atteso che non può ritenersi che *tutta* la categoria dei conduttori, indistintamente considerata, vada, sotto ogni aspetto (e comunque), qualificata parte debole del rapporto così da conferirle, in assenza di una specifica norma sul punto, una garanzia di tutela dei diritti alla ripetizione così accentuata da richiedere la generale sospensione del termine prescrizionale dei diritti stessi, in pendenza del rapporto di locazione. Comunque, resta il fatto che esiste il termine di decadenza di cui all'art. 79 L. 392/1978 (vedi, in oggi, l'art. 13 L. 431/1998), il cui mancato rispetto, travolge ogni altra questione, inclusa quella della prescrizione dei diritti e preclude l'esercizio dell'azione di ripetizione, ma non l'eccezione di compensazione da parte del conduttore che sia stato convenuto in giudizio dal locatore per pagamento di canoni o altri corrispettivi con azione che può essere esercitata entro il termine di prescrizione di cinque anni ex art. 2948 c. c., senza alcun termine di decadenza. Sulla questione ricordo la pronuncia del T. Genova 5/7/2007, in *ALC*, 2007, 4, 416, nonché *contra* T. Roma 31/10/2003, n. 34903, sempre in *ALC*, 2004, 75, nella quale ultima decisione il termine di decadenza ex art. 79 L. 392/1978 viene fatto decorrere dalla data di stipula tra le parti di un nuovo contratto locatizio in deroga, in base al fatto che ciò integrerebbe *novazione* del precedente rapporto e conseguente estinzione delle obbligazioni derivanti dal rapporto cessato. Non condivido tale impostazione, poiché:

1) non ritengo che la stipula di un nuovo contratto locatizio in deroga, tra due parti già legate dal un precedente contratto soggetto a equo canone, integri *novazione*, che è la sostituzione di un'obbligazione vecchia con una nuova, con estinzione del credito originario e nascita di un nuovo credito e con necessità di espressa dichiarazione del creditore di volere estinguere la vecchia obbligazione, con perdita delle garanzie che la assistevano, e ritengo, invece, che tale stipula di un nuovo contratto, distinto dal precedente sia per la durata che per il canone (con la stipula del nuovo contratto mutano, infatti, il titolo e la fonte del rapporto *inter partes*), non possa inquadarsi nella *novazione* dell'obbligazione, poiché determina il sorgere tra le parti di nuove obbligazioni regolate dal nuovo contratto, che detta la disciplina completa del rapporto locatizio, caducando quello precedente;

2) comunque, nella *novazione*, la volontà delle parti di estinguere le obbligazioni precedenti deve risultare in modo inequivoco.

Ricordo, poi, la sentenza T. Genova 6/7/2006, nella quale richiamo l'ordinanza interpretativa dell'art. 79 della Corte Cost. 2/1/1990, n. 3, che aveva assimilato all'ipotesi del rilascio dell'alloggio da parte del conduttore, ai fini della determinazione del *dies a quo* per la decorrenza del termine di decadenza per proporre l'azione di ripetizione di indebito, l'ipotesi di acquisto da parte del conduttore dell'alloggio, poiché, sia con il rilascio, che con l'acquisto dell'immobile da parte del conduttore, vengono a cessare il rapporto locatizio tra le parti e la connessa esigenza di tutela del conduttore, "parte debole" del rapporto stesso, soggetto a eventuali "ritorsioni" da parte del locatore. In detta sentenza ho anche spiegato le ragioni per le quali non ritengo che il termine di decadenza possa farsi decorrere dalla data di vendita dell'immobile a un terzo da parte del locatore che, dalla data della vendita, ha perso tale qualifica.

4.7. Contratti di natura transitoria (art. 5 L. 431/1998). Tale norma e i D. M. attuativi 5/3/1999 e 30/12/2002, disciplinano i casi di locazioni per esigenze transitorie di entrambe le parti e per esigenze transitorie di studenti universitari e prevedono una serie di formalità (lettera raccomandata di conferma della transitorietà delle esigenze del conduttore e la specificazione concreta delle stesse), nonché un canone "agevolato", compreso entro i limiti massimi e minimi stabiliti dalle Organizzazioni Locali dei rappresentanti di locatori e conduttori e una durata inferiore a quella legale e commisurata alle peculiari esigenze delle parti, esigenze che devono essere *esplicitate* nel contratto. È quindi possibile derogare ai limiti minimi di durata di cui all'art. 2, commi 1 e 3 ed anche ricorrere a tali contratti per esigenze transitorie del locatore (il che è una *novità* nel settore). La disciplina della norma è volta a regolare, in particolare, le locazioni di alloggi in via transitoria a conduttori che, per motivi di studio e/o lavoro, hanno l'esigenza di reperire, in un comune diverso da quello di residenza abituale, una sistemazione abitativa, per un periodo limitato e commisurato alla durata del corso di studio e/o della permanenza fuori sede per motivi di lavoro. Talvolta, capita che le parti stipulino tali contratti, con deroga alla durata minima legale di cui all'art. 2, commi 1 e 3, senza il rispetto della forma scritta in relazione alla *specificata esigenza transitoria* del conduttore e, in realtà, al fine di eludere i limiti minimi di durata previsti in via ordinaria, facendo passare per esigenze transitorie del conduttore quelle che in realtà sono esigenze di una stabile abitazione: in tali casi, vengono proposte domande di simulazione del contratto e di nullità per frode alla legge, analoghe a quelle che di frequente venivano proposte sotto il vigore dell'art. 26 L. 392/1978. Erano esclusi dall'ambito di tale norma e, in oggi, da quello della L. 431/1998, gli alloggi locati *esclusivamente per finalità turistiche*, per i quali, in mancanza di indicazioni da parte della norma, dovrebbe applicarsi la disciplina codicistica.

4.8. L'art. 80 L. 392/1978.

Tale disposizione, non abrogata dall'art. 14 L. 431/1998, è ancora in vigore. Mi limito a ricordare che la Corte Cost. con sent. 18/2/1988, ha dichiarato *l'illegittimità della norma*, nella parte in cui limitava, entro un anno dall'intervenuto mutamento di destinazione, il diritto del locatore di agire per la risoluzione del contratto, a prescindere dalla data in cui il locatore era venuto a conoscenza di tale mutamento di destinazione, dando esclusivo rilievo alla *conoscenza del locatore*,

che ha tre mesi di tempo da tale conoscenza per proporre l'azione (il limite dell'anno è caduto). *Adde*, sul punto, anche Cass. n. 1684/1989. Il c. 2 della norma prevede che, se l'azione del locatore non è stata proposta, al contratto si applica (forse retroattivamente) il regime giuridico corrispondente all'uso effettivo dell'immobile (quello mutato, in violazione della clausola contrattuale di divieto): ciò è rilevante, nella pratica, quando si passa ad un regime giuridico diverso da quello relativo all'uso previsto nel contratto. L'ultima parte del c. 2 prevede che, nel caso di parziale mutamento di destinazione, al contratto si applichi il regime giuridico corrispondente all'uso *prevalente*. Tale criterio trova applicazione anche per determinare il regime giuridico applicabile al contratto a destinazione promiscua.

5. Danni da ritardato rilascio.

Il comma 6 dell'art. 6 L. 431/1998 prevede che, per i periodi di sospensione delle esecuzioni dei provvedimenti di rilascio di immobili ad uso abitativo per finita locazione, nei comuni ad alta tensione abitativa (tali periodi sono quelli previsti dai precedenti commi dell'art. 6) e, comunque, fino all'effettivo rilascio, il conduttore è tenuto a corrispondere ex art. 1591 c. c., una somma mensile pari al canone dovuto alla cessazione del contratto (*recte*: scadenza), aggiornata annualmente del 75% degli indici Istat e maggiorata del 20%. Dispone, poi, che il versamento di tale maggiorazione esime il conduttore dall'obbligo di risarcire il maggior danno ex art. 1591 c. c. Tale norma del codice prevede che il conduttore, in mora nel restituire la cosa, è tenuto a dare al locatore il corrispettivo convenuto sino alla riconsegna ed anche a risarcire il maggior danno. Sulla norma di cui all'art. 6, c. 6 cit. è intervenuta la Corte Cost. con la sentenza n. 482/2000, che ha dichiarato la norma *illegittima*, nella parte in cui esime il conduttore dall'obbligo di risarcire il maggior danno ex art. 1591 c. c., anche nel periodo successivo alla scadenza del termine di sospensione della esecuzione (*ex lege* o fissato dal giudice ex art. 6, c. 3 e ss.). Cfr.: Cass., sez. 3, n. 15621/2002 che, alla luce di tale intervento della Corte Cost., spiega che il sistema normativo vigente in tema di quantificazione legale del danno subito dal locatore, per il periodo compreso tra la data del provvedimento di rilascio dell'immobile e quella del rilascio effettivo dello stesso, è così delineato:

- 1) la quantificazione legale del danno da risarcire al locatore ex art. 1591 c. c. è pari al versamento della maggiorazione del 20% del canone, aggiornato al 75% degli indici Istat, oltre agli oneri accessori;
- 2) tale importo è dovuto per tutto il periodo di sospensione dell'esecuzione, sino al rilascio effettivo;
- 3) solo se il rilascio effettivo è avvenuto *dopo* la scadenza del termine di sospensione dell'esecuzione, è dovuto anche il maggior danno ex art. 1591 c. c., ulteriore rispetto a quello legalmente quantificato come sopra, ove il locatore abbia offerto la prova di averlo subito (12).

6. Obbligo del locatore di mantenimento della *res locata* in condizioni di buona manutenzione e idonea all'uso pattuito.

La norma di cui all'art. 1575 c. c. prevede, tra gli obblighi del locatore, quello di consegnare al conduttore la cosa locata in buono stato di manutenzione e quello di mantenerla in stato di servire all'uso convenuto, fermo restando che a carico del conduttore sono poste, durante il rapporto, le riparazioni di piccola manutenzione e che il conduttore può eseguire direttamente, salvo rimborso, *solo* le opere di natura urgente,

purché abbia dato contestualmente avviso al locatore, mentre, in ogni altro caso, egli deve limitarsi a dare avviso al locatore della necessità di interventi riparatori alla cosa. L'art. 1578 c.c. prevede che, se la cosa locata, al momento della consegna, è affetta da vizi che ne *diminuiscano in modo apprezzabile l'idoneità all'uso pattuito*, il conduttore può domandare la *risoluzione* del contratto o la *riduzione* del corrispettivo, a meno che si tratti di vizi da lui conosciuti (ed accettati, quindi) o facilmente riconoscibili, con l'ordinaria diligenza. Deve, pertanto, trattarsi di *vizi occulti*, non manifesti e non percepibili con l'ordinaria diligenza dal conduttore alla stipula del contratto: in tali casi deve sottolinearsi che al conduttore non spetta l'azione di esatto adempimento e cioè che egli non ha il diritto di chiedere al locatore di intervenire ad eliminare i vizi. Il conduttore ha, peraltro, diritto al risarcimento dei danni derivati dai vizi della cosa, a meno che il locatore non provi di avere senza colpa ignorato tali vizi (occulti). Nel caso di vizi manifesti o percepibili con l'ordinaria diligenza, nessuna tutela spetta al conduttore, che ha, evidentemente, accettato la consegna della cosa senza riserve. In sostanza, la presenza di vizi non palesi, né riconoscibili con l'ordinaria diligenza, vizi che incidono sulla struttura materiale della cosa locata, alterandone l'integrità in modo tale da impedirne o da ridurne notevolmente il godimento, altera l'*equilibrio delle prestazioni corrispettive*, incidendo sull'idoneità all'uso della cosa e, pertanto, consente la risoluzione del contratto o la riduzione del corrispettivo (13).

7. Obbligo del conduttore di restituzione nel pristino stato dell'immobile.

La disposizione dell'art. 1590 c. c., connessa a quella di cui all'art. 1587 c. c., a norma della quale il conduttore deve osservare la *diligenza del buon padre di famiglia* nel servirsi della cosa per l'uso concordato, recita che il conduttore deve restituire la cosa al locatore nello stato medesimo in cui l'ha ricevuta, in conformità alla descrizione che ne sia stata fatta dalle parti, salvo il deterioramento o il consumo risultante dall'uso della cosa in conformità del contratto. In mancanza di descrizione, si presume che il conduttore abbia ricevuto la cosa in normale stato di manutenzione. Il conduttore non risponde del perimento o del deterioramento, dovuti a vetustà. Esiste, quindi, un generale obbligo del conduttore di riconsegna della cosa nelle stesse condizioni di ordinaria manutenzione nelle quali la cosa gli era stata consegnata all'inizio del rapporto; ciò posto che, di solito, nei contratti è inserita una *clausola di stile* secondo la quale le parti danno atto che la cosa, alla data della consegna iniziale al conduttore, si trova in normali condizioni manutentive, *clausola di stile* che, a mio parere, può essere superata dalla prova, da fornirsi da parte del conduttore, che in realtà la cosa non era in buone condizioni manutentive, non era abitabile e tale è stata resa solo dalle opere di ripristino eseguite dallo stesso conduttore. Nel contratto le parti possono tuttavia derogare a tale generale obbligo del conduttore di rimessione in pristino a fine rapporto e stabilire, ad es., che, a seguito di modifiche alla cosa eseguite dal conduttore con il consenso del locatore, la cosa al termine del rapporto debba essere riconsegnata con tali modifiche e senza la loro eliminazione (*exempli gratia*: frazionamento in più locali di un precedente unico vano, con creazione di una dispensa, di una cabina armadi, di un bagno di servizio, etc.). Ciò detto, ritengo che, quando il contratto non contenga la clausola che impone al conduttore la rimessione in pristino dell'appartamento al momento della riconsegna, comunque, tale obbligo sussista, in *forza* della

norma generale sopra citata e in *assenza* di rinuncia del locatore alla rimessione in pristino a fine rapporto (Cass. sez. 3, n. 10485/2004; T. Genova, 22/5/2008). Né ritengo che il locatore, che abbia prestato il suo consenso a una modifica dell'immobile da parte del conduttore, abbia con ciò tacitamente e implicitamente rinunciato anche alla rimessione in pristino alla fine del rapporto.

8. Indennità per i miglioramenti e le addizioni.

Alla questione è connessa quella relativa alle indennità spettanti al conduttore per i *miglioramenti* e le *addizioni* da lui apportati all'immobile oggetto del rapporto. La norma generale in tema di *miglioramenti*, dispone che:

1) salvo disposizioni particolari della legge o degli usi, il conduttore non ha diritto a indennità per i miglioramenti apportati alla cosa locata;

2) però, se vi è stato il consenso del locatore, questi è tenuto a pagare un'indennità corrispondente alla minor somma tra la spesa e il valore del risultato utile al tempo della riconsegna;

3) anche nei casi in cui il conduttore non ha diritto a indennità, il valore dei miglioramenti può compensare i deterioramenti che si sono verificati senza colpa grave del conduttore.

Salvo patto contrario, che attribuisca al conduttore il diritto all'indennità per miglioramenti, nessuna indennità a questo spetta (regola generale). Ma, se il locatore ha prestato il suo consenso all'esecuzione di opere da parte del conduttore che integrano miglioramenti alla *res locata*, al conduttore è dovuta un'indennità pari alla minor somma tra l'importo della spesa e il valore del risultato utile al tempo della riconsegna. L'ultimo comma della norma fornisce, in ogni caso, al conduttore tutela per i lavori di miglioramento eseguiti all'alloggio, nel senso che, anche nei casi in cui al conduttore non spetti l'indennità per i miglioramenti (perché ad es. è esclusa dal contratto o perché manca il consenso scritto del locatore, previsto dal contratto stesso), attribuisce al conduttore, che sia stato convenuto in giudizio dal locatore per risarcimento dei danni asseritamente causati all'immobile, il diritto di compensare con tali danni il suo diritto al rimborso del valore dei miglioramenti, sempre che i danni non siano stati causati da sua colpa grave. Analoga disciplina è dettata in materia di *addizioni*, che integrano un'*entità diversa* dai miglioramenti, poiché sono interventi che non si immedesimano con l'immobile, dal quale, tendenzialmente, possono essere asportate senza danno. Se si tratta di addizioni separabili senza nocimento per la cosa, il conduttore, al termine del rapporto, ha diritto di asportarle e, se il locatore intende mantenerle, deve pagare un'indennità pari alla minor somma tra l'importo della spesa e il valore delle addizioni al tempo della riconsegna; se invece si tratta di addizioni non separabili senza nocimento della cosa (ad., serbatoio per l'acqua o autoclave, la cui asportazione comporterebbe la necessità di modifiche all'impianto idrico), tali addizioni – che vanno a costituire un tutt'uno con l'immobile – vengono considerate miglioramenti e si applica quindi l'art. 1592 c.c. (14).

9. Contratto stipulato dall'usufruttuario in frode al nudo proprietario.

Tale fattispecie, esaminata dal T. Genova in sentenza 17/3/200, riguardava la problematica, sorta a seguito della consolidazione della proprietà in capo al soggetto che alla data di stipula del contratto era nudo proprietario e che si ritrova, poi, l'immobile concesso in locazione a un terzo soggetto (figlia del procuratore dell'usufruttuario) per un lungo periodo e ad un canone esiguo, dallo stesso procuratore dell'usufruttuario, con un contratto stipulato poco tempo prima

del decesso dell'usufruttuario; nella specie le uniche tutele delle ragioni del nudo proprietario sono date dagli artt. 999, c. 1 e 1015 c.c. (15).

10. Questioni processuali.

10.1. La clausola arbitrale.

L'art. 14 L. 431/1998 ha abrogato l'art. 54 L. 392/1978, che prevedeva la nullità della clausola compromissoria. Ora è possibile il deferimento ad arbitri delle controversie relative alle questioni connesse al rapporto locatizio abitativo, con la precisazione che per i vecchi contratti, anteriori al 30/12/1998 il divieto continua certamente a essere vigente ex art. 14, c. 5 L. 431/1998 per tutta la loro durata, sino al rinnovo tacito ex art. 2, c. 1 e 6; per quello successivo è vero che il divieto non è più in vigore, ma è anche vero che il contratto si rinnova alle stesse condizioni del precedente, salvo che per la durata e la clausola arbitrale, verosimilmente, non era contenuta nel vecchio contratto.

10.2. Decreto ingiuntivo non opposto e costituente giudicato in ordine all'entità del canone.

Nell'ipotesi di decreto ingiuntivo non opposto e, quindi, costituente giudicato in ordine alla entità del canone locatizio per il periodo "coperto" dal decreto stesso, si deve precisare che ciò non è di preclusione all'accertamento del canone per il periodo anteriore e per quello successivo a quello che era oggetto del ricorso per ingiunzione, e, quindi, per un periodo diverso rispetto a quello per cui era stato pronunciato il decreto ingiuntivo (16).

10.3. Modifica dell'art. 429 c.p.c. (D. L. n. 112/2008, convertito nella L. n. 147/2008).

Sulla base di tale novellatrice normativa, in oggi, all'udienza di discussione della causa, a differenza di prima (lettura del dispositivo, senza deposito anche della motivazione contestuale), la regola è quella del deposito della sentenza, completa di motivazione, con lettura in udienza di dispositivo e di motivazione e, solo in caso di particolare complessità della causa, è prevista la facoltà del giudice di fissare nel dispositivo un termine non superiore a sessanta giorni per il deposito della sentenza (motivazione). Rimane in vigore il c. 2, che prevede, su richiesta delle parti, che il giudice conceda un termine non superiore a dieci giorni per il deposito di note difensive, con rinvio della causa per discussione e decisione, all'udienza immediatamente successiva alla scadenza di tale termine (sulla normativa relativa al rito applicabile alle controversie locatizie si deve, come ben noto, fare riferimento all'art. 447 bis del c.p.c.).

Note (curate dall'Avv. Roberto Negro):

(1) Sulla utilità e la indispensabilità di una visione complessiva a carattere storico e sociologico di un istituto giuridico, anche a fini ermeneutici ed interpretativi, almeno *lato sensu*, si veda: Tarello, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, (già dir. da Cicu e Messineo) Milano, 1980, in particolare pp. 248 – 261 e pp. 367 – 369; id., *Storia della cultura giuridica moderna*, Vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976; Esposito, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954; Friedman, trad. it., *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, 1978; van de Kerchove, *L'interpretation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, 1980; *Adde*, sulla interpretazione della norma giuridica, in particolare: Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1997; Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto civile*, Torino, 1993; Russo, *Interpretazione della legge civile e "ragione giuridica"*, Padova, 2003. Le citazioni in epigrafe, comunque, sono state apposte dall'autore delle note (e che se ne assume la responsabilità), anche per significare una qual certa precarietà (o volatilità) di una materia che è continuamente in evoluzione e, quindi, la necessità di un approccio alla stessa un po' come ci si trovasse di fronte ad una sorta di *work in progress* e, peraltro, devono intendersi anche come

una (non tanto) velata critica su scelte, talvolta meramente politico – emergenziali del legislatore e di fronte ad una torrenziale ed alluvionale (e priva di coordinamento), produzione di norme, il che, *ictu oculi*, comporta notevole disagio per l'interprete e, in particolare per il giurista pratico e, forse, con l'inconfessato (o inconfessabile) desiderio che l'assioma (criterio – base di metodo interpretativo), indicato dal Tarello a fini ermeneutici (cfr.: id., *L'interpretazione della legge*, cit. *supra*, p. 362) possa avere concreta applicazione e attuazione e non essere una mera *clausola di stile*. La citazione dal von Kirchmann (id., trad. it., *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, Pisa, 1942), si attaglia, poi, molto bene al problema del requisito di forma del contratto locatizio, introdotto dalla novellatrice norma al riguardo, della L. 431/1998. La terza citazione si riferisce a quella sorta di sensazione di fastidiosa impotenza (e, nei casi più gravi, di angoscia) da cui viene preso (o sor – preso) lo (sventurato) *giurista pratico* quando, magari *una tantum*, venga ad imbattersi in una vertenza locatizia o in un problema relativo per cui debba rendere ad un cliente un *caveat*, il che impone di dover affrontare, magari per la prima ed unica volta, problematiche che si rivelano non semplici da risolvere, sia per la volubilità e la varietà della giurisprudenza, sia per il (sostanzialmente) poco *in subiecta materia*, ausilio della dottrina, spesso troppo teorica ed accademicamente (e, quindi, inutilmente) paludata. Si deve comunque dire che il presente scritto è di notevole utilità per l'operatore (e, in specie, per l'operatore *pratico*) del diritto, anche per l'attenzione data ai risvolti ed alle conseguenze applicative – pratico – fattuali di una normativa, quale quella in materia locatizia, spesso tecnicamente imprecisa e non sempre chiara e perspicua; se non altro, il *giurista pratico*, prima di "passare" la pratica ad altro (sventurato) collega (o di fare le valigie per le Indie), avrà avuto validi e congrui strumenti con i quali (e sulla base dei quali) valutare la situazione!

(2) I riferimenti sono, rispettivamente, agli artt. 41 e 42 Cost. e agli artt. 3, c. 2 e 47 Cost. (cfr.: Breccia, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 1980).

(3) Per un *sinтетico sommario esegetico* della normativa in materia locatizia si tenga presente che:

1) la L. 431/1998 è relativa *solo* alle locazioni di immobili destinati a uso abitativo e di tali immobili dovrebbe, *tendenzialmente*, costituire la normativa completa del settore, con le limitazioni che si vedranno *infra* (cfr., nel testo, par. 2.);

2) i contratti relativi a immobili destinati a *uso diverso da quello abitativo* trovano tuttora disciplina nel titolo I della L. 392/1978;

3) i contratti relativi a immobili ad uso di deposito, senza collegamento funzionale o spaziale all'esercizio delle attività di cui all'art. 27 L. 392/1978, quelli relativi a boxes, sempre che non si tratti di immobili pertinenti a immobili abitativi e quelli relativi a aree nude (e sempre che non si tratti di distributori di carburanti o di campings) sono disciplinati dal codice civile.

Resta poi aperta la questione (cfr., nel testo, par. 3. 3. 1.), della disciplina dei contratti ad uso di *foresteria*, contratti tuttora ricorrenti nella prassi e che, in passato, erano frequentemente stipulati in frode alla L. 392/1978, con *dissimulazione* di contratti relativi a immobili destinati in effetti a stabile e primaria abitazione del titolare e/o legale rappresentante dell'impresa stipulante. (*N. d. A.*)

(4) Come si può evincere dal testo il contratto di locazione (in particolare in relazione agli immobili urbani) presenta una notevole rilevanza pratica e fattuale (nonché un rilevante impatto di carattere economico – sociale); da ciò l'interesse per l'istituto da parte della dottrina e, come è ovvio, i conseguenze (e numerosissimi) pronunciati giurisprudenziali in materia. Chi fosse specificamente interessato all'argomento, che *prima facie* può sembrare semplice da affrontare, ma che in realtà è precipuamente e squisitamente "tecnico" e di non facile inquadramento in alcuni punti, sia per l'accavallarsi della normativa, talvolta emanata per emergenziali esigenze, sia per la *ratio* specifica della materia (spesso particolarmente conflittuale), sia per la necessità, per alcuni istituti, di una esegesi e di un'interpretazione da svolgersi attraverso la lettura di rimandi incrociati, sia per la normativa non sempre chiara e non sempre tecnicamente perfetta, sia per difficoltà esegetico – applicative, anche in relazione alle problematiche della successione della legge nel tempo, potrà, per un primo approccio alla materia dei contratti locatizi in dottrina e, in particolare, *antea* L. 431/1998, far riferimento alle seguenti opere: Bucci,

Malpica e Redivo, *Manuale delle locazioni*, Padova, 1989; Fantachiotti, *La durata della locazione abitativa*, Padova, 1989; Bozzi, Ferrone, Fontana, Lazzaro, Normando, Pignatelli e Trifone, *Emergenza abitativa "sospensione" degli sfratti e "graduazione" della forza pubblica (Commento alla legge 21 febbraio 1989, n. 61)*, Milano, 1989; Guarino, *Locazione* in Trattato di diritto civile (dir. da Grosso e Santoro Passarelli), Milano, 1965; Tabet, *La locazione – conduzione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già dir. da Cicu e Messineo), Milano, 1972; Bompani, *Equo canone. Guida normativa*, Firenze, 1978; id., *Uso diverso dal pattuito nelle locazioni urbane*, in *GC*, 1978, II, 225 – 237; Breccia, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 1980; Coco, *sub voce, Locazione (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXIV, Milano, 1974; Confortini, *sub voce, Sublocazione di immobili ad uso abitativo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, App., Torino, 1987; id., *Problemi generali del contratto attraverso la locazione*, Padova, 1988; Cosentino e Vitucci, *Le locazioni dopo le riforme del 1978 – 1985*, Torino, 1986; De Paola, *La riforma delle locazioni abitative*, Milano, 1980; id., *L'equo canone*, Milano, 1988; id., *I contratti di affitto*, Milano, 1991; Izzo, *Effetti del non uso della cosa locata*, in *GC*, 1987, I, 2199 – 2202; Lazzara, *Il contratto di locazione (profili dogmatici)*, Milano, 1961; Miccio, *La locazione*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* (fondata da Bigliani), Torino, 1980; Militerni, *L'equo canone*, Napoli, 1978; id., *L'equo canone nella giurisprudenza*, Napoli, 1981; Montesanto, *Le nuove locazioni immobiliari*, Salerno, 1994; Tamborrino, *Spese accessorie a carico dell'inquilino nella locazione*, Milano, 1988; Terzago, *Le locazioni dopo l'equo canone*, Milano, 1980; Trifone, *La locazione. Disposizioni generali e locazione di fondi urbani*, in *Trattato di diritto privato* (dir. da Rescigno), Vol IX, Torino, 1984; Visco, *Le case in locazione. Trattato teorico – pratico*, Milano, 1969.

Sui contratti di locazione *post* L. 431/1998 si veda: AA.VV. *La locazione*, 3 Voll., in *Il diritto privato nella giurisprudenza* (a cura di Cendon), Torino, 2005; Cuffaro e Padovini (a cura di), *Locazione*, in *Codice ipertestuale di locazione e condominio* (dir. da Patti), Torino, 2006. Catelani, *Manuale della locazione*, 3 ed., Milano, 2001; Carrato e Scarpa, *Le locazioni nella pratica del contratto e del processo*, Milano, 2001; De Tilla, *Le locazioni*, Milano, 2002; Cuffaro, *Le invalidità del contratto*, in AA.VV., *Le locazioni ad uso di abitazione*, Torino, 2000.

Sui contratti locatizi ad uso diverso da abitazione: Lazzaro e Preden, *Le locazioni ad uso non abitativo*, Milano, 1985; Giove, *Le locazioni ad uso non abitativo*, Rimini, 1988; Jannarelli, *Art. 27. Durata della locazione*, in *Equo canone. Disciplina delle locazioni di immobili urbani* (a cura di Bianca, Irti, Lipari, Proto Pisani e Tarzia), Padova, 1980.

Per gli aspetti fiscali, amministrativi e di normativa di sicurezza del contratto di locazione ad uso abitativo si veda Arnao e Castelli, *Immobili. Guida operativa*, 2 ed., Milano, 2000; *adde* il più recente Pozzi e Natta, *La locazione d'immobili ad uso non abitativo. La disciplina. Le tipologie. Il contenzioso. Gli aspetti fiscali*, Rimini, 2008, che, peraltro, contiene riferimenti anche ai contratti locatizi ad uso abitativo.

Infine, per una riflessione ed una indagine di tipo comparatistico sul contratto di locazione nelle legislazioni straniere, si può fare riferimento a De Vita, *sub voce, Locazione in diritto comparato*, in *Digesto, IV ed., Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, Vol. XI, Torino, 1994.

Sul "problema della casa" a livello filosofico – politico – sociologico (e, per così dire, metagiuridico), almeno ad avviso di chi scrive, è sempre valido, ancora oggi, il saggio – pamphlet di Engels, (trad. it.), *La questione delle abitazioni*, Roma, 1971.

Per le differenze (e le similarità) del contratto locatizio con altre figure negoziali, in qualche modo, vicine ed affini, ovvero con similarità di causa contrattuale, si veda De Paola, *L'equo canone*, cit. *supra*, pp. 15 e ss.

(5) La L. 431/1998 è relativa solo alla locazione di immobili adibiti a uso abitativo e non anche a immobili destinati a uso diverso da quello abitativo e, pertanto, l'abrogazione delle norme della L. 392/1978, espressamente menzionate dall'art. 14 L. 431/1998, è relativa solo alle locazioni abitative, cosicché, ad es., l'art. 79 L. 392/1978, ora *riprodotto* per gli usi abitativi dall'art. 13 della L. 431/1998, è tuttora in vigore per le locazioni di immobili a uso diverso da abitazione. Deve segnalarsi, in particolare, la intervenuta abrogazione, a opera della legge 431/1998, dell'art. 54 della L. 392/1978 (*divieto di arbitrato*). Inoltre, talvolta ancor oggi, per stabilire la

scadenza di vecchi contratti stipulati sotto il vigore della L. 392/1978, poi tacitamente rinnovatisi e ancora in corso *de iure*, occorre partire dalle norme del titolo II di tale legge (*disciplina transitoria*) e talora affrontare anche le problematiche inerenti alla situazione reddituale della famiglia del conduttore nell'anno 1977, per i contratti soggetti a proroga e, per quelli non soggetti a proroga, determinare la durata a partire dalla prima scadenza del contratto successiva all'entrata in vigore della L. 392/1978. Particolare importanza tra le norme della L. 392/1978, ancora vigenti per gli usi abitativi, in quanto non abrogate dall'art. 14 L. 431/1998, hanno le norme di cui agli artt. 55 (*termine di grazia*), nonché 5 e 56 L. 392/1978 (*termine di rilascio*). Tale ultima norma è stata modificata dal D.L. n. 240/2004, convertito nella L. n. 269/2004, che ha aggiunto i commi 1 e 3, introducendo l'obbligo di motivazione dei provvedimenti di rilascio (in particolare, negli sfratti e/o nelle licenze per finita locazione, il riferimento obbligatorio della motivazione al tempo trascorso dall'intimazione della disdetta), nonché introducendo un mezzo di gravame, *antea* non previsto, avverso ai soli provvedimenti concernenti la fissazione del termine di rilascio contenuti in qualunque provvedimento giudiziale che abbia disposto il rilascio: si noti, però, che il gravame introdotto dalla modifica all'art. 56 cit. è *limitato* alla statuizione relativa alla determinazione del termine di rilascio. L'interpretazione di tale norma, data dal T. di Genova (cfr.: ord. coll. 7/2/2007 e ord. coll. 15/6/2005), è nel senso di:

1) ritenere ammissibile il gravame anche se il termine di rilascio fissato dal primo giudice sia già trascorso, sempre che il rilascio non vi sia ancora stato;

2) ammettere la legittimazione a proporre l'impugnazione, sia del conduttore, che del locatore;

3) restringere il riesame, da parte del collegio, in sede di gravame, alla stessa situazione già prospettata ed esaminata dal primo giudice che ha disposto il rilascio, con una verifica collegiale del buon uso del potere discrezionale esercitato dal primo giudice e preclusione alla produzione di nuovi documenti e a deduzione di nuovi fatti e/o mezzi di prova; il riesame da parte del collegio verte, quindi, solo sui documenti e sui fatti e/o mezzi di prova rispettivamente prodotti e dedotti nella prima fase davanti al giudice che ha disposto il rilascio e fissato il relativo termine.

Il T. di Genova ha adottato la prassi di definire il procedimento con *sentenza collegiale ex art. 281 sexies c.p.c.*, a seguito di discussione orale della causa. (*N. d.A.*)

(6) Sulla questione si è pronunciata Cass. sez. 3, 14/12/2002 n. 17952, pubblicata, con nota di Piombo, in *FI* 2003, I, 786, che ha cassato con rinvio la sentenza del T. di Genova del 12/5/1998, avverso la sentenza del Pretore di Recco del 8/7/1995: in quella fattispecie si trattava di un contratto locatizio avente ad oggetto un appartamento sito in Bogliasco, comune che al censimento del 1971 aveva una popolazione residente inferiore a 5000 abitanti e il contratto era stato stipulato a canone libero in data 1/6/1987. La S. C. ha escluso che le variazioni intervenute in costanza del rapporto locatizio avessero influenza e ha sancito il principio secondo cui l'applicabilità o meno dell'equo canone è determinata con esclusivo riferimento alla situazione esistente alla stipula del contratto, con irrilevanza delle variazioni delle condizioni intervenute durante lo svolgimento del rapporto locatizio (equo canone o non equo canone per tutto il rapporto, a seconda che, al momento genetico del rapporto, vi fosse stata o meno la variazione in aumento della popolazione residente nella misura stabilita dall'art. 26) e con lo stesso regime giuridico per tutto il rapporto. (*N. d.A.*)

Sull'art. 26 L. 392/1978 si veda, in dottrina, Militerni, *L'equo canone nella giurisprudenza*, cit. pp. 26 – 27; De Paola, *L'equo canone*, cit. pp. 57 e ss. nonché, id., *I contratti di affitto*, cit. pp. 67 e ss. .

(7) L'accertamento della simulazione e del contratto in frode alla legge viene ad avere conseguenze sulla durata del contratto e sulla scadenza dello stesso a seguito di taciti rinnovi, nonché sulla ripetibilità delle somme versate in eccesso all'equo canone e sulla legittimazione attiva e, cioè, sulla qualifica di reale conduttore. (*N. d.A.*)

(8) Al contratto ad uso foresteria si applica la disciplina del codice civile o tale contratto è ricompreso nella disciplina della L. 431/1998, che *tendenzialmente detta una disciplina unitaria e completa per gli immobili locati destinati a soddisfare esigenze abitative* e che all'art. 1, c. 2 non prevede tra i con-

tratti esclusi dal suo ambito applicativo i contratti a uso di foresteria, ma solo (lett. c), quelli relativi ad alloggi a uso di finalità turistiche (vacanze)? La sentenza del T. Genova 20/4/2000 esclude, per tale tipologia contrattuale, la applicabilità della disciplina della L. 431/1998 e ritiene applicabile quella codicistica, poiché la causa tipica del contratto di foresteria (non il soddisfacimento di esigenze abitative dirette e immediate del fruitore dell'alloggio, ma dell'esigenza del contraente - azienda di procurare, nell'ambito del rapporto di lavoro, un alloggio al proprio personale dipendente fuori sede, per il periodo necessario alle esigenze aziendali) è diversa da quella tipica di locazione abitativa primaria del contraente - fruitore diretto dell'alloggio. (N. d. A.)

(9) Sulla natura della disdetta dottrina e giurisprudenza ritengono, pacificamente, che la stessa si configuri come un atto negoziale *unilaterale e recettizio*, concretantesi in una manifestazione di volontà diretta ad impedire la prosecuzione o la rinnovazione tacita del rapporto di locazione. Cfr.: Suppa, *Termine della locazione (art 1596 c. c.)*, in Cuffaro e Padovini (a cura di), *Locazione*, cit., pp. 95 e ss. Sulla disdetta in materia di contratto di locazione la C. Cass. ancora di recente, ne ha ribadito la natura di atto *recettizio*, che produce i suoi effetti solo dal momento in cui perviene al destinatario e ritenendo pertanto tardiva la disdetta spedita prima del termine previsto per l'esercizio della relativa facoltà, ma pervenuta al destinatario solo successivamente a tale data (Cass. civ., sez. 3, 2/4/2009, n. 8006, in *Mass. Giur. It.*, 2009). Si segnala, in punto, un orientamento della giurisprudenza di merito (A. Potenza, 16/10/08), per cui la trasmissione e la consegna al destinatario di un *atto unilaterale recettizio*, quale la disdetta, possono essere dimostrate anche mediante elementi presuntivi.

(10) Deve poi segnalarsi la sentenza della Cass., sez. 3, n. 17995/2007 che, con una motivazione complessa e tutt'altro che lineare (personalmente non condivisa), ha esaminato il caso di un contratto locatizio del 1/1/1995 che aveva la sua scadenza alla data del 31/12/1998 - successiva al 30/12/1998 - e il cui termine per la disdetta scadeva il 30/6/1998, prima del 30/12/1998; la disdetta del locatore era stata ricevuta dal conduttore il 4/1/1999 ed era quindi tardiva, con conseguente tacito rinnovo del contratto: secondo il ragionamento che ho esposto prima, già alla scadenza del termine per la disdetta non data in tempo (30/6/1998) il contratto si è tacitamente rinnovato (*effetto prodromico della disdetta*) secondo la vecchia disciplina di cui all'art. 3 L. 392/1978, allora vigente, di soli quattro anni, sino al 31/12/02 e per tale scadenza poteva avere effetto la disdetta pura e semplice - non motivata - del 4/1/1999 - che era tardiva per la precedente scadenza del 31/12/1998. (N. d. A.)

(11) Sulla *forma scritta* del contratto di locazione, *ante* L. 431/1998, si veda, per tutti: De Paola, *I contratti di affitto*, cit., pp. 26 e ss.

(12) Si sottolinea che la questione ha assunto particolare rilevanza negli ultimi anni, a seguito dell'introduzione del canone libero ex L. 359/1992 (*patti in deroga*) e, successivamente, ex L. 431/1998, poiché nelle locazioni di vecchia data, nelle quali l'alloggio è stato rilasciato dal conduttore con ritardo rispetto al termine di rilascio (e/o alla scadenza del termine di sospensione delle esecuzioni o rispetto al termine di rilascio rifissato giudizialmente ex art. 6 L. 431/1998), spesso il locatore agisce in giudizio chiedendo il risarcimento del danno causatogli dal ritardato rilascio, sulla base della notevole differenza di entità tra il canone equo, versatogli dal conduttore, anche con la maggiorazione di cui al c. 6 della norma, e il libero canone di mercato relativo all'alloggio, da lui non potuto percepire sin dalla scadenza del termine di rilascio, proprio a causa del ritardo nella restituzione della *res locata*. La sentenza della

Cass., sez. 3, n. 7546/2002 applica il principio del danno da ritardo nelle obbligazioni pecuniarie, per il quale, sino alla concorrenza del canone dovuto, l'esistenza del danno è presunta legalmente e il pagamento del canone ha funzione risarcitoria del danno, che non deve essere provato né, nell'*an*, né nel *quantum*. Invece, l'eventuale danno ulteriore, rispetto a quello legalmente predeterminato, che il locatore assuma di avere subito, deve essere *rigorosamente provato* dal creditore, secondo i principi generali. La Cass., sez. 3, n. 14624/2004 aggiunge la possibilità di utilizzo di elementi presuntivi, con i requisiti di cui all'art. 2729, c. 1 c. c., per la prova del maggior danno. Ancora, Cass., sez. 3, n. 268/2005 recita che la natura contrattuale della responsabilità del conduttore, per il ritardo nella restituzione della cosa locata, non consente l'automatizzazione del risarcimento, sulla base del valore locativo presumibilmente ricavabile dalla locazione dell'immobile, ma presuppone la specifica prova di una effettiva lesione del patrimonio del locatore, sul quale grava l'onere di provare l'esistenza di specifiche e ben determinate proposte di locazione, per un corrispettivo più elevato di quello dovuto sulla base del corrispettivo contrattuale o di altri concreti propositi di utilizzazione (cfr.: T. Genova 26/6/2008). (N. d. A.)

(13) L'art. 1581 c.c. estende tale disciplina ai vizi sopravvenuti nel corso del rapporto. (N. d. A.)

(14) I moduli dei contratti *locatizi - tipo* che, di solito, vengono utilizzati per la stipula dei contratti prevedono il *consenso scritto* del locatore all'esecuzione di lavori da parte del conduttore, cosicché a quest'ultimo, in difetto di tale forma del consenso, non spetterà alcuna indennità, essendogli tra l'altro preclusa la prova che il consenso ai lavori fu dato dal locatore verbalmente (cfr.: T. Genova 10/1/2002 e 12/3/2003). Si vedano, altresì: T. Genova 14/6/2006 e 12/3/2003, pronuncia, questa ultima, nella quale si affronta anche il problema della necessità ex art. 1577 c.c. delle riparazioni poi eseguite dal conduttore, norma secondo la quale, in caso di necessità di riparazioni non a carico del conduttore, egli deve darne avviso al locatore e può eseguirle direttamente, salvo rimborso, solo se le stesse avevano natura urgente e sempre che ne sia stato dato *contestuale avviso* al locatore. (N. d. A.)

(15) Non esiste un'azione innominata di annullamento del contratto stipulato dall'usufruttuario, in frode ai diritti del proprietario, ma solo di nullità del contratto per frode alla legge (Cass. sez. 3, n. 11561/2003). (N. d. A.)

(16) Con recente provvedimento la C. Cass. ha precisato che sia la convalida di sfratto per morosità, sia il decreto ingiuntivo concesso per il pagamento di canoni locatizi insoluti, una volta divenuti inoppugnabili, acquistano efficacia di giudicato sull'esistenza del contratto di locazione, su quella del credito per il pagamento dei canoni e sull'inesistenza di fatti impeditivi, modificativi o estintivi dell'uno e dell'altro che non siano stati dedotti nel corso del giudizio, mentre i suddetti provvedimenti non possono fare stato sulla qualificazione del contratto che non abbia formato oggetto di accertamento, nemmeno sommario, da parte del giudice. (Cass. civ., sez. 3, 2/4/2009, n. 8013, in *Mass. Giur. It.*, 2009 e, conf., *ante*, Cass. civ., sez. 3, 24/7/2007, n. 16319, in *Mass. Giur. It.*, 2007). Si è poi ritenuto, in giurisprudenza, che l'*opposizione a decreto ingiuntivo*, concesso in materia di locazione e, quindi, soggetta al rito del lavoro, debba essere proposta con ricorso, non essendovi ragioni per applicarsi a tale processo un rito diverso da quello speciale della locazione, che sarebbe ad essa normalmente applicabile (Cass. civ., sez. 3, 2/4/2009, n. 8014 e T. Reggio C. 16/4/2007).

Il nuovo giudizio di Cassazione

Tomaso Galletto

*Avvocato, Professore a contratto di diritto processuale civile
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Genova*

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il procedimento preliminare di esame dei ricorsi e la "sezione filtro" - 3. Considerazioni sulle due nuove ipotesi di inammissibilità del ricorso introdotte dalla riforma - 4. L'abrogazione del "Quesito di diritto" e il doppio binario dei ricorsi - 5. I correttivi pretori alle farraginosità procedurali. - 6. verso un'ulteriore riforma?

1. Premessa.

Un aspetto certamente qualificante della riforma entrata in vigore il 4 luglio 2009 è quello riguardante il giudizio in sede di legittimità.

La riforma del processo in Cassazione è stata insistentemente e fortemente voluta sia dalla Presidenza della Corte Suprema che dall'Avvocatura, con motivazioni e finalità del tutto diverse.

La materia, come è noto, riguarda un aspetto nevralgico del sistema della giustizia civile.

Secondo le indicazioni provenienti dalla Presidenza della Corte (relative all'anno 2007) i ricorsi pendenti davanti ad essa in sede civile sono oltre centomila e le sentenze pubblicate nell'anno di riferimento sono state circa trentamila.

In queste condizioni il sistema sta collassando e la stessa funzione nomofilattica della Suprema Corte risulta impossibile. La situazione è peraltro ben nota anche al legislatore il quale a più riprese è intervenuto, anche in epoca recente, apprestando possibili rimedi all'indiscriminato accesso al grado di legittimità.

Dapprima si erano ampliati i casi di pronuncia in Camera di Consiglio estendendoli, tra l'altro, alle ipotesi di manifesta fondatezza o infondatezza ovvero inammissibilità del ricorso principale ed eventualmente incidentale (riforma del 2001), per poi prevedersi (con la riforma del 2006) l'introduzione, a pena di inammissibilità, dei "quesiti di diritto" di cui all'art. 366bis.

Ma né la prima soluzione, né la seconda hanno dato i risultati sperati. Più precisamente, la seconda, quella relativa alla introduzione dei "quesiti di diritto", ha dato luogo ad una interpretazione così formalistica e restrittiva da rendere, di fatto, spesso imprevedibile la sorte dei ricorsi.

L'Avvocatura, fortemente preoccupata dalle responsabilità conseguenti ad una declaratoria di inammissibilità del ricorso per una difettosa formulazione del "quesito di diritto" di cui all'art. 366bis, che il severo atteggiamento assunto in proposito dai giudici di legittimità rendeva statisticamente assai ricorrente, ha chiesto esplicitamente l'abrogazione di tale previsione normativa.

La Presidenza della Corte, per parte sua, faceva rilevare un dato di fatto indiscutibile: a fronte dei circa 100.000 procedimenti pendenti davanti alla Corte e dei circa 30.000 nuovi ricorsi introdotti in ciascun anno la capacità di esaurimento dei ricorsi, pur oggettivamente apprezzabile in quanto pressoché corrispondente al numero di nuovi ricorsi iscritti a ruolo, non era in grado di modificare sensibilmente il carico di lavoro arretrato.

La richiesta formulata dalla Corte al legislatore muoveva dalla constatazione che in quasi tutti gli ordinamenti comparabili

con il nostro esiste un meccanismo di selezione delle controversie che possono giungere davanti alla Corte Suprema. Alcuni ordinamenti optano per criteri selettivi pre-determinati (materia, valore della controversia), altri sono connotati da un elevato grado di discrezionalità, ma in ogni caso le varie Corti Supreme sono poste in grado di assolvere il loro compito senza essere oberate da un numero eccessivo di ricorsi che ne impediscono il corretto esercizio della funzione.

A tale situazione ha inteso porre rimedio il legislatore dell'odierna riforma prevedendo, come suggerito dalla stessa Suprema Corte, un meccanismo di "filtro" all'accesso al grado di legittimità.

Sono note, a questo proposito, le polemiche suscitate dalla lettura delle varie versioni ipotizzate in sede di lavori parlamentari per apprestare tale "filtro".

L'aspetto cruciale del problema è, infatti, costituito dalla previsione contenuta nell'art. 111 Cost. secondo cui contro le sentenze è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge.

La giurisprudenza costituzionale ha sempre interpretato tale disposizione nel senso che essa riguardi tutti i provvedimenti assunti in sede civile aventi carattere decisorio e suscettibili di passaggio in giudicato.

Di qui l'estrema delicatezza della scelta di prevedere, a Costituzione invariata, preclusioni all'accesso al grado di legittimità anche per censure relative alla violazione di legge.

Il legislatore della riforma si è dapprima orientato nel senso di prevedere un vaglio di ammissibilità dei ricorsi in Cassazione, affidato ad un collegio di tre giudici della Corte; a fronte delle critiche da più parti mosse in ordine alla costituzionalità di tale previsione si è poi risolto a prevedere non più un vaglio di ammissibilità, bensì un ampliamento dei casi di inammissibilità del ricorso, da pronunciarsi con procedimento in Camera di Consiglio.

La soluzione apprestata per dare risposta alle esigenze rappresentate dalla Corte ha consentito al legislatore di prevedere l'abrogazione della norma che imponeva la redazione del "quesito di diritto", venendo così incontro alle richieste in tal senso provenienti dal mondo dell'Avvocatura.

In teoria, il legislatore è riuscito a dare una risposta positiva ad entrambe le istanze che gli erano rappresentate rispettivamente dalla Corte (esigenza di un "filtro") e dalla Avvocatura (abrogazione del "quesito di diritto"); in pratica, come emergerà dalle considerazioni che seguono, la soluzione prescelta dal legislatore della riforma solleva rilevanti perplessità sia sotto il profilo sistematico, sia in ordine alla efficienza del meccanismo di "filtro" all'eccesso al giudizio di legittimità.

2. Il procedimento preliminare di esame dei ricorsi e la "sezione filtro".

Si è detto che il legislatore ha accolto la richiesta proveniente dalla stessa Corte, di prevedere un "filtro" che consentisse di selezionare i ricorsi meritevoli di essere esaminati nel merito. La soluzione prescelta è piuttosto articolata e conviene pertanto esaminarla partitamente.

In primo luogo, viene introdotto un nuovo articolo (360bis) che prevede l'inammissibilità del ricorso qualora ricorrano le seguenti condizioni:

quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orienta-

mento della stessa; ovvero quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo.

Ai fini della verifica preliminare in ordine alla ammissibilità del ricorso viene istituita (dall'art. 376, nuovo testo) una "apposita sezione" composta – secondo quanto dispone il novellato art. 67bis della legge sull'ordinamento giudiziario – da magistrati appartenenti a tutte le sezioni della Corte: si tratta, appunto, della cosiddetta "sezione-filtro" sulla cui costituzione molto si discute.

Proseguendo nella descrizione del nuovo procedimento preliminare di esame dei ricorsi, deve rilevarsi che la nuova sezione-filtro verifica la sussistenza o meno dei presupposti per la pronuncia in camera di consiglio ai sensi dell'art. 375 nn. 1 e 2, secondo il testo riformulato di tale articolo.

Le ipotesi in considerazione sono quindi quella della inammissibilità del ricorso principale e di quello incidentale eventualmente proposto (art. 375 n. 1 nuovo testo) e quella della accoglibilità o rigetto del ricorso principale e dell'eventuale ricorso incidentale per manifesta fondatezza o infondatezza (art. 375 n. 5 nuovo testo).

All'interno dell'ipotesi di cui all'art. 375 n. 1 ricadono quindi anche le due nuove ipotesi di inammissibilità del ricorso introdotte con il già menzionato art. 360bis.

Articolato e complesso è anche l'iter procedimentale disegnato dal nuovo art. 380bis per la decisione in camera di consiglio.

Dispone infatti la citata norma che il relatore nominato all'interno della sezione-filtro, se ritiene che sussistano le condizioni per definire il giudizio in camera di consiglio ai sensi dell'art. 375 nn. 1 e 5 (declaratoria di inammissibilità ovvero accoglimento o rigetto del ricorso principale o incidentale per manifesta fondatezza o infondatezza) deposita una relazione con la concisa esposizione delle ragioni che possono giustificare l'ipotizzata pronuncia.

Il presidente della sezione fissa l'adunanza di essa in camera di consiglio ed almeno 20 giorni prima della data di tale adunanza il decreto di fissazione e la relazione sono comunicati al pubblico ministero e notificati agli avvocati delle parti, con facoltà per il P.M. di presentare conclusioni scritte e, per gli avvocati, di presentare memorie almeno 5 giorni prima della adunanza e di chiedere di essere sentiti, se compaiono (art. 380bis II° comma nuovo testo).

Se la sezione-filtro non condivide l'opinione del relatore in ordine alla inammissibilità del ricorso principale o incidentale (e non provvede in ordine alla manifesta fondatezza o infondatezza di essi ai sensi del n. 5 dell'art. 375) il ricorso viene assegnato alla sezione ordinaria tabellarmente competente ed il relatore di quest'ultima, nominato dal Presidente di essa, se ritiene che ricorrano le ipotesi per la pronuncia in camera di consiglio di cui ai nn. 2 e 3 dell'art. 375 (ordine di integrazione del contraddittorio o di rinnovazione della notificazione ovvero declaratoria di estinzione del processo in ogni caso diverso dalla rinuncia) deposita una relazione in tal senso.

Si ripete, in tal caso, l'iter preliminare alla pronuncia in camera di consiglio (avviso al P.M. e agli avvocati eventuale deposito di conclusioni scritto del primo e memorie dei secondi e discussione in camera di consiglio, se richiesta).

Se la Corte ritiene di non condividere l'ipotesi formulata dal relatore rinvia la causa alla pubblica udienza.

Quello in precedenza descritto è il nuovo, complesso *iter*

ipotizzato dal legislatore per deflazionare l'accesso al grado di legittimità.

Così descritto l'iter procedimentale è ora possibile formulare qualche considerazione in proposito.

3. Considerazioni sulle due nuove ipotesi di inammissibilità del ricorso introdotte dalla riforma.

Si è già in precedenza ricordato che rispetto a questa scelta operata dal legislatore sono state sollevate, da più parti, perplessità in ordine alla coerenza di essa con il dettato dell'art. 111 comma 7 Cost., che non sembrerebbe tollerare preclusioni all'esame nel merito di ricorsi per violazione di legge. In effetti, le due nuove ipotesi di inammissibilità del ricorso (principale o incidentale) introdotte dall'art. 360bis pongono delicate questioni.

La prima di esse, come è stato in precedenza illustrato, consente alla Corte, attraverso la sezione-filtro, di pronunciare l'inammissibilità "quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa".

Questa previsione, fortemente innovativa, pone all'interprete delicatissime questioni che possono essere sinteticamente riassunte nei termini che seguono.

Intanto, non è dato comprendere sulla base di quale dato obiettivo si debba ricostruire "l'orientamento della Corte" che, se è stato seguito dal giudice *a quo*, rende inammissibile il ricorso (servirebbero massime consolidate, che allo stato non sono reperibili, senza dimenticare che spesso anche all'interno della medesima sezione si riscontrano orientamenti difformi sulle medesime questioni di diritto e senza considerare, ancora, che frequentemente le situazioni di fatto sono solo apparentemente assimilabili, salva forse l'ipotesi delle controversie seriali).

Ancora, non è dato comprendere perché nell'ipotesi considerata (il provvedimento impugnato ha deciso in modo conforme alla giurisprudenza della Corte) si debba dichiarare l'inammissibilità, anziché procedere alla declaratoria di manifesta infondatezza del ricorso principale o incidentale con ordinanza, come era già previsto nel previgente art. 375.

La declaratoria di inammissibilità, tra l'altro, dovrebbe presupporre un vizio dell'atto o del procedimento e non riguardare il merito della censura che, più propriamente, può dirsi fondato o infondato, ma non inammissibile.

Perché la norma in esame abbia una sua ragion d'essere occorre ritenere che altra sia la funzione ad essa assegnata.

La funzione sembrerebbe essere quella di rendere la Corte arbitra di selezionare le questioni che essa riterrà meritevoli del suo esame.

Se è così, come in effetti sembra, si tratta di una innovazione di grande rilievo per il nostro ordinamento che è basato sul diritto legislativo e non sul diritto giurisprudenziale, come accade nella esperienza di *common law*.

Non sembra che il legislatore della riforma si sia avveduto di tale aspetto (piuttosto delicato, per la verità) e delle conseguenze che possono derivare dalla scelta così operata.

Secondo la nuova regola, infatti, la Corte può decidere di non esaminare un ricorso (previa una sommaria deliberazione del suo contenuto) se ritiene che non vi siano motivi per mutare i propri precedenti. La norma, per la verità, soggiunge che la Corte potrebbe ritenere ammissibile il ricorso anche quando i motivi di questo offrano elementi per confermare

il proprio precedente orientamento, ma in questo caso le parole sembrano tradire il pensiero del legislatore, per la contraddittorietà intrinseca alla fattispecie: forse si voleva dire che la Corte può trarre spunto da un ricorso altrimenti inammissibile per meglio chiarire il proprio precedente orientamento, ma la logica del ragionamento è pur sempre zoppicante perché ancora una volta ammette con una valutazione puramente discrezionale la trasformazione di un ricorso inammissibile in ammissibile, ma infondato.

Comunque sia, è certo che la riforma su questo punto affida alla Corte un potere discrezionale enorme ed una altrettanto grande responsabilità.

Forse non era il caso di giungere a tanto per risolvere un problema effettivo, ma non così rilevante per la soluzione della assai più complessa questione della inefficienza della giustizia civile: si è ipotizzato uno strumento di delicatissima gestione quando già l'ordinamento prevedeva la più semplice (ma altrettanto, se non maggiormente, funzionale) declaratoria di manifesta infondatezza del ricorso o del ricorso incidentale con pronuncia in camera di consiglio.

Non meno rilevanti sono, poi, i problemi suscitati dall'altra ipotesi di inammissibilità prevista dal n. 2 dell'art. 360bis.

Si tratta della ipotesi in cui la sezione-filtro rilevi la manifesta infondatezza della censura "relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo".

Qui è evidente il richiamo al nuovo testo dell'art. 111 Cost., nel quale è stata introdotta la nozione di "giusto processo", che si articola (quanto meno) nel doveroso rispetto del principio del contraddittorio tra le parti, della cd. "parità delle armi" nel processo, nell'obbligo di assicurare che il giudizio si svolga davanti ad un giudice terzo ed imparziale, affidando alla legge il compito di assicurare la ragionevole durata del processo.

Per la verità si ritiene comunemente che la nozione di giusto processo fosse presente nel nostro ordinamento ben prima della sua esplicita introduzione nel testo costituzionale ad opera della Legge Costituzionale n. 2 del 1999.

Sia le fonti sovranazionali (Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, solo per citare le più rilevanti), sia l'elaborazione della giurisprudenza della Corte Costituzionale e della dottrina consentivano di ritenere che la nozione di "giusto processo" costituisse un parametro di costituzionalità della legge processuale, in quanto espressione necessaria del diritto ad una tutela giurisdizionale mediante azione avanti ad un giudice con le garanzie proprie della giurisdizione e quindi con la connaturale imparzialità che contraddistingue tale funzione (in questo senso, fra le molte, Corte Cost. 387/1999).

Oggi, a seguito dell'esplicita menzione dei parametri fondamentali del giusto processo nel testo costituzionale, si discute semmai se nell'ambito di tale nozione debba ascriversi anche la ragionevole durata del processo, oppure se essa costituisca una indicazione programmatica al legislatore.

È evidente la ragione per la quale si è pensato di introdurre un filtro alla ammissibilità delle censure di violazione del "giusto processo", in quanto la modifica all'art. 111 Cost., nel senso sopra indicato, ha effettivamente indotto la prassi a ricercare nella presunta lesione del menzionato principio un possibile motivo di ricorso in sede di legittimità, laddove altri fossero difficilmente sostenibili.

Ma, individuata la *ratio* della previsione normativa, la for-

mulazione della norma in esame – che a molti è apparsa troppo vaga e generica – ripropone motivi di perplessità sia sotto il profilo della sua efficacia deflattiva, sia sotto quello della estremamente lata discrezionalità che ancora una volta è assegnata alla sezione-filtro nella valutazione della manifesta infondatezza della censura di violazione dei principi del "giusto processo".

Ancora, non è agevole il coordinamento della ipotesi di inammissibilità in esame con il vizio deducibile ai sensi dell'art. 360 n. 4.

Anche quella norma, infatti, riguarda eventuali violazioni del diritto alla difesa, determinati da *errores in procedendo* del giudice, che sotto alcuni profili possono essere ricondotti alla nozione di "giusto processo". Ma la delibazione dei vizi denunciati ai sensi dell'art. 360 n. 4 non è di per sé soggetta al vaglio di ammissibilità, potendo al più risultare manifestamente infondata e dare luogo ad una pronuncia in camera di consiglio ove esaurisca la materia devoluta in sede di legittimità.

Entrambe le ipotesi di inammissibilità del ricorso in precedenza sinteticamente commentate presentano rilevanti profili di criticità, per le ragioni sopra enunciate; ma l'aspetto fondamentale che qui preme sottolineare è quello relativo alla estrema discrezionalità che la non felice formulazione delle norme attribuisce alla sezione-filtro.

Di qui la serietà della questione, da più parti sollevata, sulla compatibilità della soluzione offerta dal legislatore con il principio della ricorribilità in ogni caso in Cassazione, per violazione di legge, contro i provvedimenti definitivi emessi dal giudice civile.

4. L'abrogazione del "quesito di diritto" e il doppio binario dei ricorsi.

Come si è in precedenza rilevato il legislatore della riforma ha accolto anche le istanze dell'Avvocatura relativamente all'abrogazione del "quesito di diritto".

Il famigerato art. 366 bis, che disciplinava appunto l'obbligo – a pena di inammissibilità – di concludere ciascun motivo di ricorso fondato su violazione di legge con la formulazione di un "quesito di diritto", è stato abrogato *de futuro*, in quanto la norma resta applicabile con riferimento ai provvedimenti pubblicati in data compresa tra il 2 marzo 2006 e il 4 luglio 2009.

Si è in tal modo creato un doppio binario, del quale oggettivamente non si sentiva la necessità: da un lato i nuovi ricorsi che dovranno contenere, a pena di inammissibilità i "quesiti di diritto" perché il provvedimento impugnato è stato pubblicato prima del 4 luglio 2009 e, dall'altro, quelli che dovranno superare il nuovo vaglio di ammissibilità introdotto dall'art. 360bis.

Non sarà agevole, nell'un caso e nell'altro, preconizzare ciò che la Corte potrà in futuro ritenere sia in ordine alla corretta formulazione del quesito di diritto (nuovi ricorsi, vecchio rito), sia in ordine alla opportunità di confermare o modificare il proprio precedente orientamento, al quale il giudice *a quo* si sia conformato (nuovi ricorsi, nuovo rito). Per la verità, almeno per un certo periodo di tempo avremo l'applicazione in cassazione di *tre diversi riti*, perché sono ancora moltissimi i ricorsi pendenti proposti avverso provvedimenti emanati ante 2 marzo 2006: questi ricorsi da un lato non contengono (del tutto ritualmente) alcun "quesito di diritto" e dall'altro non sono sottoponibili al "filtro" di inammissibilità secondo le nuove regole.

Essi potranno essere risolti in Camera di Consiglio nei casi previsti dall'art. 375 nella formulazione vigente ante 2 marzo 2006.

Rispetto a questa tipologia di ricorsi (che ammontano a diverse decine di migliaia) si pone una questione assai delicata. Poiché la Corte ha, rispetto ad essi, la facoltà di dichiararli "manifestamente infondati" ai sensi dell'art. 375 vecchio testo (ante 2 marzo 2006), potrebbe accadere che anche rispetto ad essi venga applicata (di fatto, almeno) la "dottrina del precedente" di cui alla riforma in esame.

Del resto, nella prassi la "manifesta infondatezza" era motivata proprio con riferimento all'esistenza di un consolidato orientamento in senso contrario a quanto sostenuto nel ricorso.

I vecchi ricorsi, allora, cadranno per "manifesta infondatezza" anziché per "inammissibilità", ma la ragione sarà sempre rinvenibile nella conformità del provvedimento impugnato alla giurisprudenza della Corte; la sostanza non sarà diversa: la "dottrina del precedente" giocherà un ruolo determinante.

5. I correttivi pretori alle farraginosità procedurali.

Un'ultima notazione riguarda la complessità del meccanismo che si è ritenuto di introdurre per disciplinare l'*iter* procedimentale della pronuncia di inammissibilità nelle due nuove ipotesi introdotte dall'art. 360bis.

Si è visto in precedenza, ripercorrendo tale *iter* procedimentale, che lo stesso ricorso può compiere un lungo percorso all'interno delle sezioni della Corte prima che si giunga all'epilogo: superato il primo vaglio di ammissibilità davanti alla sezione-filtro, infatti, il ricorso può ritornare ad essere esaminato in camera di consiglio dalla sezione semplice (per le eventuali pronunce ai sensi dell'art. 375 nn. 2 e 3 senza considerare l'ipotesi che in via preliminare il ricorso sia stato anche esaminato dalle Sezioni Unite ove si ponesse anche una questione di giurisdizione).

Poiché ogni passaggio in fase decisionale del ricorso presuppone un provvedimento che, sia pure succintamente motivato trattandosi di ordinanza, impegna la Corte ed almeno un giudice relatore, non sembra azzardato ritenere che, alla fine, il risparmio di tempo e di energie per i giudici di legittimità risulti pressoché nullo.

In questa ipotesi la compressione del diritto al riesame in sede di legittimità (anche quando fosse ritenuta compatibile con il dettato costituzionale) risulterebbe straordinariamente sproporzionata rispetto ai benefici complessivi oggettivamente conseguibili dalla riforma.

L'inutile appesantimento del procedimento che consegue dalla applicazione letterale delle nuove disposizioni ha indotto taluni autorevoli commentatori della riforma ad ipotizzare che la sezione filtro possa accorpate i due sub-procedimenti finalizzati a verificare la possibilità di una pronuncia in Camera di Consiglio.

Si è in proposito rilevato, in linea di fatto, che il relatore nella sezione filtro e nella sezione ordinaria sarà il medesimo nella

maggior parte dei casi, e ciò potrà agevolare una disamina complessiva di tutte le ipotesi di cui all'art. 375 già davanti alla sezione filtro.

La lettera della legge, obiettivamente, non sembra consentire questa razionale soluzione, che potrebbe peraltro essere seguita dalla Corte in via pretoria in considerazione del possibile contrasto del dettato legislativo con il principio della ragionevole durata del processo (art. 111, 2° comma, Cost.) ovvero con il principio di ragionevolezza.

Ove il tenore letterale delle norme procedurali fosse ritenuto insuperabile in via interpretativa, non è improbabile che la stessa Corte si determini a sollevare d'ufficio la relativa questione di costituzionalità.

6. Verso un'ulteriore riforma?

Le considerazioni sin qui svolte sull'impianto della riforma e sui possibili effetti di essa sulle esigenze di alleggerimento del carico di lavoro della Suprema Corte che intendeva soddisfare inducono a ritenere da un lato che le innovazioni introdotte difficilmente potranno dimostrarsi risolutive e, da altro lato, che l'enfasi introdotta rispetto al precedente giurisprudenziale (una sorta di "dottrina del precedente") sia forse un prezzo troppo alto in un ordinamento che privilegia il diritto legislativo.

Non è improbabile lo scenario secondo cui il legislatore si troverà costretto a verificare l'inadeguatezza delle scelte operate ed a confrontarsi, questa volta con approccio diretto e non obliquo, con la disposizione di cui all'art. 111 comma 7 Cost. che, ove ritenuta incongrua rispetto alle odierne esigenze di snellezza operativa della Cassazione, ben potrebbe essere modificato tenendo in debito conto le esperienze di altri ordinamenti che presentano caratteri comuni con il nostro e che non consentono l'accesso indiscriminato al grado di legittimità.

È evidente come una tale opzione risulti impegnativa, anche dal punto di vista legislativo, in quanto incidente sul dettato costituzionale, ma è altrettanto evidente che la delicatezza e la rilevanza degli interessi in gioco depongono univocamente a favore di una approfondita meditazione, che certamente può trovare la sua sede naturale nell'opera di revisione costituzionale e che altrettanto certamente mal sopporta una scelta forse non troppo meditata, quale è quella frutto della riforma.

Potrebbe quindi accadere che il Legislatore si avveda presto che altri meccanismi selettivi dell'accesso alla Suprema Corte possano essere utilizzati per un migliore conseguimento dell'obiettivo, da tutti condiviso, di sottrarre la Corte da un carico di lavoro tale da rendere di fatto non esercitabile la funzione ad essa attribuita dall'ordinamento.

In questa prospettiva un'ulteriore riforma del giudizio di cassazione non è affatto esclusa.

(*) Ove non diversamente indicato, le norme richiamate nel testo si riferiscono al codice di procedura civile.

Le novità in materia di misure coercitive per le obbligazioni di fare infungibile o di non fare

Antonio Carratta

Professore ordinario di diritto processuale civile
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Roma tre

Sommario: 1. – Premessa. 2. – Presupposti per la pronuncia della misura coercitiva. 3. – L'ambito applicativo dell'art. 614 bis. 4. – L'incompatibilità dell'art. 614 bis con l'azione costitutiva di cui all'art. 2932 c.c. 5. – L'efficacia della misura coercitiva pecuniaria. 6. – L'esclusione dell'applicabilità della misura coercitiva per le controversie di lavoro subordinato e per quelle di collaborazione coordinata e continuativa. 7. – I criteri per la determinazione della misura coercitiva.

1. Premessa.

Per effetto del 1° comma dell'art. 49 della l. n. 69/2009, trova ingresso nel nostro codice il nuovo art. 614-bis e, con esso, la generalizzazione – ma con alcune significative eccezioni, di dubbia legittimità costituzionale, come vedremo – di una misura coercitiva a contenuto pecuniario applicabile alle ipotesi in cui il provvedimento di condanna del giudice abbia ad oggetto l'obbligo ad un fare infungibile o ad un non fare (1).

Misura da tempo attesa, che va ad aggiungersi alle altre specifiche misure coercitive già presenti nel nostro ordinamento nell'ambito delle attività di concorrenza sleale (art. 2600 c.c.) o del diritto dei brevetti industriali (artt. 124 e 131 D.Lgs. 10 febbraio 2005 n. 30), in quello della protezione del diritto d'autore (art. 156 legge sul diritto d'autore, come riformato dall'art. 2 del D.Lgs. 16 marzo 2006 n. 140), nella tutela dei consumatori (art. 3, comma 5°-bis L. n. 281/1998 e, oggi, art. 140, 7° comma, D.Lgs. 6 settembre 2005 n. 206) o del lavoratore dipendente (artt. 18, 2° comma, e 28, commi 4° e 5°, L. n. 300/1970; art. 15, 4° comma, L. n. 903/1977 e, oggi, art. 37, 5° comma, D.Lgs. n. 198/2006) o, infine, in quello dei rapporti familiari (artt. 156, 6° comma, e 342-bis ss. c.c.; art. 709-ter c.p.c.).

L'introduzione dell'art. 614-bis ha il chiaro obiettivo di rendere effettivo l'adempimento di obblighi di fare infungibile o di non fare, rispetto ai quali i tradizionali strumenti dell'esecuzione forzata «diretta» predisposti dal codice si presentano come vere e proprie «armi spuntate».

E così, a norma del 1° comma del nuovo art. 614-bis c.p.c., appositamente rubricato «Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare», «Con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento».

Viene introdotta, in tal modo, una generalizzata misura coercitiva a contenuto pecuniario sul modello delle *astreintes* francesi (2) – da tempo sollecitata anche in dottrina (3) – con riferimento a qualsiasi provvedimento di condanna (ad esclusione delle ipotesi di cui al 2° comma) all'adempimento di obblighi di fare infungibili e di non fare ed a favore – evidentemente – del beneficiario del provvedimento di condanna (ancora una volta, seguendo anche in questo il modello delle *astreintes* francesi e non quello delle *Zwangsgeld* tedesche) (4).

L'obiettivo è chiaro e si rinviene nell'esigenza di evitare che il creditore di un'obbligazione di fare infungibile o di non fare sia costretto dal comportamento inadempiente del debitore a promuovere un altro e successivo giudizio volto all'accertamento della violazione.

Ed infatti, nel caso delle misure coercitive, come è stato chiarito (5), si è in presenza di fattispecie riconducibili all'esecuzione c.d. indiretta, in quanto il diritto del creditore viene soddisfatto, non già attraverso il ricorso a modalità sostitutive del debitore (come avviene quando si utilizzino le forme dell'esecuzione forzata di cui al terzo libro del c.p.c.), ma con la collaborazione del debitore originario, a ciò indotto indirettamente dall'adozione di misure di coazione psicologica (ovvero di misure che determinano in capo al debitore inadempiente conseguenze maggiori di quelle che gli deriverebbero dallo spontaneo adempimento dell'obbligazione) (6).

Va anche rilevato, peraltro, che l'innovazione legislativa offre ulteriori argomenti a favore del superamento del problema della rigida correlazione fra condanna ed eseguibilità della prestazione (7). Ed infatti, proprio la presenza dell'art. 614-bis induce a ritenere che l'ambito di applicazione della tutela di condanna e quello della tutela suscettibile di esecuzione forzata diretta continuano a restare non del tutto sovrapponibili, rivelandosi il primo ben più ampio del secondo.

2. Presupposti per la pronuncia della misura coercitiva.

Tuttavia, per come formulata la nuova disposizione contenuta nell'art. 614-bis c.p.c. fa sorgere alcuni dubbi interpretativi e suscita serie perplessità anche di rilevanza costituzionale.

A questo proposito, un primo rilievo attiene alla tecnica legislativa qui utilizzata.

Ed infatti, mentre nella rubrica dell'articolo si parla di «attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare», invece, se si dovesse tener conto solo del testo della disposizione non si potrebbe non rilevare che esso fa genericamente riferimento alla pronuncia di un «provvedimento di condanna», senza specificare che l'applicazione della misura coercitiva presuppone che il contenuto di tale provvedimento di condanna sia un obbligo di fare infungibile o di non fare.

È evidente, peraltro, che la misura coercitiva assume particolare rilevanza proprio con riferimento a provvedimenti di condanna a prestazioni di fare infungibile o di non fare (sebbene non si possa escludere che essa possa rilevare anche con riferimento a provvedimenti di condanna alla consegna ed al rilascio) (8).

Ma certo è bizzarro il fatto che – nella formulazione della disposizione – il legislatore non riprenda il riferimento della rubrica al provvedimento di condanna ad un fare infungibile o ad un non fare. Circostanza, questa, che (dando la prevalenza al testo della disposizione rispetto alla rubrica) potrebbe determinare dubbi interpretativi e indurre a ritenere, in sede applicativa, che il ricorso alla misura coercitiva sia possibile tutte le volte in cui si abbia la pronuncia di un provvedimento di condanna (9).

In ogni caso, sembra ragionevole ritenere che l'*intentio legislatoris* sia nel senso che il giudice, pronunciando un provvedimento cognitivo di condanna ad un obbligo di fare infungibile o di non fare, su richiesta della parte fissi anche la somma dovuta all'avente diritto per ogni violazione o inos-

servanza successivamente constatata ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento (10).

La pronuncia della misura coercitiva, dunque, viene espressamente subordinata alla domanda di parte e non è suscettibile di essere pronunciata d'ufficio. Domanda che, avendo ad oggetto la pronuncia di un'ulteriore misura insieme al provvedimento di condanna principale, dovrà intervenire – evidentemente – prima che venga pronunciato questo provvedimento e nel rispetto delle preclusioni previste dalla disciplina processuale applicabile per la pronuncia di detto provvedimento.

Anche con riferimento a quest'aspetto della disposizione, tuttavia, non si può non rilevare che – stando, appunto, alla lettera dell'art. 614-bis – la richiesta espressa dovrà essere avanzata dalla parte nel corso del giudizio avente ad oggetto una domanda di condanna ad un fare infungibile o ad un non fare.

Ed infatti, lo stretto collegamento che l'art. 614-bis pone fra pronuncia di un «provvedimento di condanna» e misura coercitiva esclude che alla pronuncia di una tale misura si possa pervenire in via autonoma, successivamente all'emanazione del provvedimento di condanna (11).

Ed anche questa rappresenta una soluzione del nuovo art. 614-bis poco convincente ed inopportuna.

È evidente, infatti, che proprio per la particolare natura delle obbligazioni di fare infungibile o di non fare sarebbe stato quanto mai opportuno prevedere la possibilità che il beneficiario della condanna ricorresse allo stesso giudice per ottenere anche successivamente alla pronuncia del provvedimento di condanna l'applicazione della misura coercitiva pecuniaria.

Non foss'altro che per venire incontro sia alle numerose ipotesi di condanna ad obblighi di fare o non fare a prestazione continuata o periodica, sia alle altrettanto numerose ipotesi nelle quali l'inadempimento dell'obbligo di fare infungibile o di non fare si determini a causa di circostanze sopravvenute alla pronuncia dello stesso provvedimento di condanna.

Sempre con riferimento alla pronuncia della misura coercitiva, d'altro canto, va rilevato che l'eventuale richiesta del beneficiario della condanna, anche se rigettata dal giudice di primo grado, potrebbe essere (sempre se tempestivamente avanzata nel corso del giudizio di primo grado) accolta dal giudice d'appello, che ritenga di disattendere la valutazione compiuta dal primo giudice circa la sussistenza dei presupposti per la concessione della misura. E, probabilmente, al medesimo risultato potrebbe pervenirsi in sede di giudizio di cassazione, ai sensi dell'art. 384, 2° comma, c.p.c., laddove la pronuncia della misura non richieda ulteriori accertamenti di fatto.

Quanto, poi, al problema del destino della misura coercitiva comminata dal giudice di primo grado, a seguito dell'eventuale riforma o cassazione della sentenza rispetto alla quale è stata pronunciata, è evidente che esso vada risolto in applicazione di quanto previsto dall'art. 336, 1° co., c.p.c., con riferimento al c.d. effetto espansivo interno (12). Ne deriva che, in questo caso, l'eventuale somma corrisposta in applicazione della misura coercitiva comminata dal giudice di primo sia ripetibile in quanto non dovuta.

3. L'ambito applicativo dell'art. 614 bis.

Il riferimento al «provvedimento di condanna» come presupposto per la pronuncia della misura coercitiva, inoltre,

porta a ritenere che essa possa essere pronunciata sia nel caso in cui la condanna ad un fare infungibile o ad un non fare sia contenuta in una sentenza, sia quando sia contenuta in provvedimenti di natura condannatoria diversi dalla sentenza (ad es., provvedimenti cautelari o d'urgenza, soprattutto quelli a contenuto anticipatorio, o provvedimenti sommari decisorii pronunciati a norma del nuovo art. 702-bis c.p.c.) (13) o pronunciati da arbitri con «gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria» (art. 824-bis c.p.c.) (14).

Ma parimenti induce ad escludere che la misura coercitiva possa essere disposta dal giudice in sede di conciliazione giudiziale, laddove dall'accordo conciliativo dovessero scaturire per le parti obbligazioni ad un fare infungibile o ad un non fare, non essendo questa assimilabile ad un «provvedimento di condanna». Peraltro, non si può affatto escludere che al medesimo risultato che si sarebbe ottenuto con la misura coercitiva pecuniaria le parti pervengano proprio in sede di formazione dell'accordo conciliativo.

Infine, il 1° comma del nuovo art. 614-bis c.p.c. espressamente subordina la concessione della misura coercitiva pecuniaria alla valutazione del giudice che questa non si riveli manifestamente iniqua per la parte nei cui confronti venga pronunciata. Non è chiaro, tuttavia, a quali criteri il giudice debba ispirarsi per valutare la manifesta iniquità della misura e – soprattutto – non è chiaro cosa intenda il legislatore per «manifesta iniquità» (15). Ed infatti, la formula appare eccessivamente ambigua e rischia di essere utilizzata in sede applicativa con troppa discrezionalità (16), che, peraltro, integrando una valutazione di fatto, se adeguatamente motivata non è suscettibile di sindacato in sede di giudizio di legittimità.

Quel che è certo è che l'inciso «salvo che ciò sia manifestamente iniquo» è da leggersi come limite imposto alla pronuncia della misura coercitiva patrimoniale tutte le volte in cui ciò dovesse rivelarsi – per la particolare natura dell'obbligo di fare infungibile o di non fare e delle condizioni di chi dovrebbe subire la misura – evidentemente iniquo (17).

Basti pensare, in proposito, a quelle situazioni o rapporti che involgono qualificate sfere giuridiche di libertà o di interesse di chi subisce il provvedimento di condanna (ad es., locazioni a carattere abitativo, rapporti che coinvolgono diritti di libertà o della personalità dell'obbligato) o che l'obbligato si trova oggettivamente nell'impossibilità di adempiere.

Viene così ripresa la tesi, emersa intorno agli anni '80, per cui la generalizzata introduzione di un sistema di misure coercitive non può portare al sacrificio di opzioni di valore irrinunciabili (quali, in particolare, i valori di libertà implicati nelle prestazioni con elementi di carattere strettamente personale o intellettuale) (18).

E dunque, l'intenzione del legislatore sembra essere quella di sollecitare il giudice, nel momento in cui gli venga indirizzata una domanda di questo tipo, a tener conto del fatto che, per la natura della prestazione e per le cause dell'inadempimento, oltre che per le condizioni personali ed economiche nelle quali si trova il soggetto nei cui confronti è richiesta la misura coercitiva, questa potrebbe rivelarsi manifestamente iniqua.

4. L'incompatibilità dell'art. 614 bis con l'azione costitutiva di cui all'art. 2932 c.c.

Lo stretto collegamento che l'art. 614 bis pone fra la misura coercitiva e la pronuncia di un «provvedimento di condanna» consente anche di escludere l'utilizzabilità della nuova dis-

posizione quando si abbia a che fare con una pronuncia diversa da quella condannatoria. E questo mi pare debba valere anche con riferimento alla pronuncia giudiziale *ex art.* 2932 c.c. che, come noto, riveste natura propriamente costitutiva e non condannatoria. Si è cercato, tuttavia, di superare l'ostacolo suggerendo, in presenza di obblighi a contrarre inadempiti, la via del cumulo (in senso proprio e non già come concorso alternativo) di domande: quella costitutiva *ex art.* 2932 c.c. e quella di condanna all'obbligo infungibile di concludere il contratto. Con la conseguenza di ammettere che a quest'ultima possa anche associarsi l'istanza per la concessione della misura coercitiva di cui al nuovo art. 614 *bis* (19).

In questo modo, si osserva, la parte che agisce con l'azione costitutiva di cui all'art. 2932 c.c., invece, di attendere il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado di accoglimento della domanda costitutiva del contratto definitivo, potrebbe ottenere il medesimo risultato mediante la coazione psicologica che la parte soccombente in primo grado subirebbe per effetto dell'applicazione della misura di cui all'art. 614 *bis* c.p.c.

La proposta interpretativa non convince. E non convince per due ordini di ragioni: una di natura sostanziale, l'altra di ordine processuale.

Con riferimento al profilo sostanziale, se – come mi sembra debba ammettersi – il nuovo art. 614 *bis* c.p.c. è destinato a trovare applicazione nelle ipotesi in cui oggetto dell'obbligazione sia un fare infungibile o un non fare, è difficile estenderne l'applicabilità anche all'eventuale pronuncia di condanna alla conclusione del contratto definitivo. È proprio l'introduzione dell'art. 2932 nel codice civile del 1940 ad indurre a ritenere il contrario. In questo caso, infatti, l'ordinamento consente che l'inadempimento possa essere superato attraverso la pronuncia di una sentenza costitutiva che prende il posto del definitivo contratto, che avrebbe dovuto essere concluso fra le parti e non lo è stato a causa dell'inadempimento di una di esse (20).

Ma – mi chiedo – se ciò è possibile, laddove la parte invece di avanzare domanda costitutiva, come lo legittimerebbe a fare l'art. 2932 c.c., avanzi domanda di condanna ad adempiere, può sol per questo considerarsi l'oggetto dell'obbligazione un *facere* infungibile?

Peraltro, la tesi della conciliabilità dell'art. 614 *bis* c.p.c. con l'azione di condanna ad adempiere l'obbligo di concludere il contratto definitivo viene ipotizzata prospettando il possibile cumulo (proprio e non alternativo o condizionato) nel medesimo giudizio e fra le stesse parti dell'azione costitutiva *ex art.* 2932 c.c. con l'azione di condanna ad adempiere. E ciò, con il chiaro obiettivo di fornire uno strumento di coazione psicologica nei confronti del debitore alla parte, che si sia vista accogliere le due domande cumulate, di dover attendere il passaggio in giudicato della sentenza costitutiva *ex art.* 2932 c.c. per ottenere la produzione degli effetti della stessa. Quel che non convince di una simile ricostruzione, tuttavia, è proprio la possibilità che si possa avere il cumulo di queste due azioni, essendo evidente che laddove la parte dovesse avanzare in via cumulata le due domande si determinerebbe l'incertezza del *petitum* mediato di entrambe che le renderebbe per ciò stesso nulle. Non si riesce a comprendere, cioè, di fronte ad un atto di citazione che contempra le due domande in cumulo proprio, ripeto (non alternativo o condizionato), come possa il giudice, nel pronunciare un'unica sentenza, accogliere sia la

domanda costitutiva *ex art.* 2932 c.c., sia quella di condanna ad adempiere, senza porsi il problema di quale sia, fra le due domande proposte, quella nei confronti della quale si indirizzi l'interesse ad agire della parte. E, se anche si dovesse escludere un simile vizio per incertezza del *petitum*, residuerebbe comunque il problema di giustificare – sempre sul piano della sussistenza dell'interesse ad agire – l'accoglimento della domanda di condanna ad adempiere una volta che la stessa parte abbia chiesto ed ottenuto una sentenza costitutiva *ex art.* 2932 c.c., che prende il posto del contratto definitivo non concluso per l'inadempimento di una delle parti.

5. L'efficacia della misura coercitiva pecuniaria.

Quanto all'efficacia della misura coercitiva pecuniaria, il 1° comma del nuovo art. 614-bis c.p.c. specifica che «Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza».

La previsione – non presente nell'originario testo del disegno di legge (21) ed inserita nel corso dei lavori parlamentari – appare ultronea laddove la misura coercitiva venga associata alla pronuncia di una sentenza di condanna o comunque di provvedimento diverso dalla sentenza, ma comunque dotato di efficacia esecutiva. In tal caso, infatti, l'efficacia esecutiva del provvedimento di condanna si estende anche agli elementi accessori della condanna (e fra questi va inclusa, evidentemente, anche la misura coercitiva in questione).

Invece, la previsione dell'efficacia esecutiva assume particolare rilevanza laddove essa sia associata alla pronuncia di un provvedimento d'urgenza o cautelare o comunque ad un provvedimento di condanna non autonomamente dotato di efficacia esecutiva.

Ciò sta a significare che – a prescindere dall'efficacia esecutiva o meno del provvedimento di condanna al quale viene «associata» – la concessione della misura coercitiva, in caso di inadempimento dell'obbligato rispetto all'obbligazione di fare infungibile o di non fare, consente al beneficiario di agire *in executivis* attraverso le forme dell'espropriazione forzata per ottenere l'adempimento coattivo del pagamento stabilito nella misura coercitiva.

Ma questo implica anche che, ove sia associata ad un provvedimento cautelare, la misura coercitiva in questione, rivestendo sempre e comunque l'efficacia di titolo esecutivo, potrebbe essere portata ad esecuzione forzata con modalità e davanti ad un giudice diversi da quelli previsti per l'«attuazione» dei provvedimenti cautelari di cui all'art. 669-duodecies c.p.c. (22).

In ogni caso, siccome nel caso di specie l'efficacia esecutiva della misura coercitiva è subordinata al verificarsi dell'inadempimento dell'obbligazione principale (a fare infungibile o a non fare), e dunque – per questo profilo – il relativo provvedimento è da configurare come di condanna in futuro (23), si deve pure ammettere, secondo le regole generali ed anche in assenza di un'esplicita previsione dell'art. 614-bis (24), la possibilità per il debitore di contestare il proprio inadempimento o affermare che questo sia dipeso da causa a lui non imputabile, attraverso l'opposizione all'esecuzione di cui all'art. 615 c.p.c. Deve anche aggiungersi che, in tal caso, profilandosi l'opposizione all'esecuzione come un'azione di accertamento negativo del diritto di procedere all'esecuzione forzata per ottenere il pagamento coattivo della somma determinata nella misura coercitiva, varranno le nor-

mali regole di ripartizione dell'onere della prova che valgono più in generale nei giudizi di accertamento negativo: l'onere dei fatti modificativi, impeditivi o estintivi della pretesa vantata *in executivis* (nel caso di specie, l'applicazione della misura coercitiva) grava su chi propone l'opposizione, mentre l'onere di provare i fatti costitutivi (nel caso di specie, l'avvenuta violazione dell'obbligo) sulla parte opposta. Con la conseguenza che, quando oggetto della misura coercitiva sia la violazione di un obbligo di non fare, per evitare di far gravare sull'opponente la prova di un fatto negativo (la non avvenuta violazione dell'obbligo di *non facere*), graverà sull'opposto l'onere di provare l'avvenuta violazione dell'obbligo e sull'opponente quello di provare i fatti in positivo che rivelano l'adempimento dell'obbligo di non fare.

Con le stesse modalità, del resto, il debitore dovrebbe poter contestare la valutazione compiuta dal giudice circa la sussistenza dei presupposti per pronunciare la misura coercitiva, quando questa sia connessa ad un provvedimento di condanna non suscettibile di essere sottoposto a rimedi di tipo impugnatorio.

6. L'esclusione dell'applicabilità della misura coercitiva per le controversie di lavoro subordinato e per quelle di collaborazione coordinata e continuativa.

Un'ulteriore peculiarità dell'art. 614-bis deriva dall'espressa esclusione della sua applicabilità ad alcune particolari controversie.

Stabilisce, infatti, l'ultimo periodo del 1° comma dell'art. 614-bis che «Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409».

La misura coercitiva, dunque, non dovrebbe trovare applicazione – per espressa previsione – né nelle controversie di lavoro subordinato, pubblico e privato, né in quelle sui rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c.

L'esclusione nei termini generalizzati in cui viene prevista non si giustifica se non con la scelta del legislatore di favorire alcune tipologie di debitori per particolari obblighi di fare infungibile o di non fare, come sono – appunto – i datori di lavoro nell'ambito dei rapporti di lavoro subordinato (pubblico e privato) e di collaborazione coordinata e continuativa.

Ed è per questa ragione che essa appare del tutto «irragionevole» e discriminatoria a seconda della qualifica soggettiva del debitore nei confronti del quale si ottenga il provvedimento di condanna ad un fare infungibile o ad un non fare (25).

Questo è tanto più grave se si considera anche che proprio nell'ambito delle controversie in materia di rapporti di lavoro subordinato (pubblico e privato) e di collaborazione coordinata e continuativa la misura coercitiva pecuniaria assume particolare importanza, stanti le numerose ipotesi di condanna del datore di lavoro all'adempimento di obblighi di fare infungibile o di non fare (26).

È facile prevedere, perciò, che per questo profilo il 1° comma dell'art. 614-bis sarà fatta oggetto di eccezione di illegittimità costituzionale proprio per contrasto sia con l'art. 3 Cost., sia con l'art. 24, 1° comma, Cost.

A meno che non si ritenga di pervenire ad un'interpretazione «correttiva» e «costituzionalizzatrice» della dis-

posizione, nel senso di riconoscere che l'esclusione della misura coercitiva pecuniaria non possa valere sempre e comunque per tutte le «controversie di lavoro subordinato pubblico e privato» e per quelle relative «ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409» – come pure si ricava dalla lettera dell'art. 614-bis –, perché questo la esporrebbe ai già richiamati vizi di legittimità costituzionale. E si ritenga, piuttosto, che in questo caso il legislatore *plus dixit quam voluit* e l'esclusione dell'applicazione della misura coercitiva pecuniaria valga, in realtà, limitatamente alle controversie «che abbiano ad oggetto prestazioni di lavoro subordinato pubblico o privato e **prestazioni di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409**». Così intesa, infatti, l'esclusione appare pienamente comprensibile e conforme ai principi costituzionali.

7. I criteri per la determinazione della misura coercitiva.

Infine, per quanto riguarda la determinazione della somma da corrispondere come misura coercitiva il 2° comma dell'art. 614-bis prevede che

«Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile».

La norma offre i criteri ai quali deve ispirarsi il giudice nel momento in cui è chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di misura coercitiva pecuniaria.

L'art. 614-bis, 2° comma, quindi, non predetermina un minimo e un massimo entro il quale il giudice deve individuare la somma da corrispondere al creditore «per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento», ma rimette alla valutazione in concreto del giudice l'individuazione di tale somma (27).

Come emerge anche dai criteri richiamati dal 2° comma dell'art. 614-bis la misura coercitiva in questione non ha finalità risarcitorie e/o riparatorie, ma piuttosto finalità «compulsorie» o comunque di strumento di pressione sulla volontà dell'obbligato per indurlo ad adempiere spontaneamente l'obbligo di fare infungibile o di non fare.

Ai fini della determinazione della somma da corrispondere a titolo di misura coercitiva il giudice – stando a quel che prevede il 2° comma dell'art. 614-bis – deve tener conto, anzitutto, del valore della controversia e della natura della prestazione (di fare infungibile o di non fare), ma anche e soprattutto delle conseguenze che l'inadempimento degli obblighi stabiliti può comportare ovvero il «danno quantificato o prevedibile» che l'inadempimento dell'obbligo di fare infungibile o di non fare ha comportato o può comportare per il creditore.

In ogni caso, dalle indicazioni normative emerge la chiara volontà del legislatore di gravare la parte che richieda la misura di offrire elementi probatori utili a determinare il danno derivato dalla violazione dell'obbligo o che prevedibilmente deriverà e, nel contempo, di vincolare il giudice ad adeguatamente motivare il provvedimento con il quale concede la misura coercitiva e ne determina l'ammontare.

Né mi pare che a tal fine possa assumere un particolare significato il riferimento al «danno quantificato o prevedibile» (28). Ed infatti, anzitutto, la somma da corrispondere ai sensi dell'art. 614-bis – sebbene debba essere correlata al danno eventualmente subito o prevedibile per effetto dell'inadem-

pimento - si aggiunge a quella eventualmente comminata a titolo di risarcimento dei danni e non va decurtata da questa, né ad essa si sostituisce (29).

Inoltre, il richiamo non solo al «danno quantificato», ma anche a quello «prevedibile» rappresenta un chiaro sintomo della volontà del legislatore di non ricondurre la misura in esame a finalità di natura risarcitoria o compensativa.

Del resto, il riferimento al «danno quantificato o prevedibile» viene utilizzato dall'art. 614-bis non al fine di determinare con esattezza l'entità della misura (perché altrimenti non avrebbe alcun senso il richiamo finale ad «ogni altra circostanza utile»), ma al solo fine di ancorare la determinazione della stessa a criteri obiettivi e non lasciati alla mera valutazione discrezionale del giudice.

Viene a delinearsi, dunque, in capo al giudice chiamato ad applicare la disposizione in esame un potere discrezionale ricognitivo dei criteri predeterminati dal legislatore. E non è un caso, infatti, che - dopo aver indicato i principali criteri ad i quali il giudice deve ispirare il suo operato - lo stesso legislatore gli imponga di tener conto «di ogni altra circostanza utile».

Ovviamente, non si tratta di un potere discrezionale libero, ma di un potere-dovere del giudice di adeguare la misura coercitiva all'obiettivo da conseguire: l'adempimento spontaneo dell'obbligo di fare infungibile o di non fare.

Va anche rilevato che, nel testo approvato in prima lettura dalla Camera dei deputati il 2 ottobre 2008, fra gli elementi da valutare ai fini della determinazione della misura coercitiva compariva anche il riferimento alle «condizioni personali e patrimoniali delle parti». Tale riferimento è stato successivamente soppresso nel corso del prosieguo dei lavori parlamentari. Ma la soppressione non esclude affatto che il giudice dia rilevanza anche a tali condizioni, visto che lo stesso 2° comma dell'art. 614-bis lo sollecita a tener conto «di ogni altra circostanza utile».

In conclusione, il nostro legislatore arriva con notevole ritardo ad introdurre strumenti coercitivi come quelli previsti oggi dall'art. 614 bis e bene ha fatto ad introdurli. Sebbene - come spesso accade negli ultimi tempi - la qualità della tecnica legislativa ancora una volta lascia a desiderare per alcuni, non secondari aspetti.

Note:

(1) Su questa novità legislativa rinvio ad A. CARRATTA, in C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile. Legge 18 giugno 2009*, n. 69, Torino, 2009, p. 91 ss. V. anche A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 221 ss.; C. CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 740 ss.; ID., *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze dopo la legge n. 69 del 2009*, Padova, 2009, p. 100 s.; G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *Giusto processo civile*, 2009, § 20; N. VENTURA, *L'esecuzione in forma specifica*, in *L'esecuzione forzata riformata*, a cura di G. Miccolis e C. Perago, Torino, 2009, p. 470 ss.; A. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *www.judicium.it*; S. Mazzamuto, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in corso di pubblicazione in *Europa e diritto*.

(2) In proposito, per tutti, S. GUINCHARD-T. MOUSSA, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, 2000, § 3102, p. 256; J. e L. BORÈ, *Astreintes*, in *Repertoire de Droit Civile*, Paris, 1996; F. CHABAS-DEIS, *Astreintes*, in *Repertoire de procédure civile*, Paris, 1998; v. anche E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 727 ss.; L. MARAZIA, *Astreintes e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna*, in *Riv. es. forzata*, 2004, p. 333 ss.

(3) V., per tutti, A. PROTO PISANI, *L'attuazione dei provvedimenti di con-*

danna, in *Foro it.*, 1988, V, c. 177 ss.; ID., *Condanna (e misure coercitive)*, *ivi*, 2007, V, c. 1 ss.; E. SILVESTRI, *Rilievi comparatistici in tema di esecuzione degli obblighi di fare e non fare*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 533 ss.; V. DENTI, *'Flashes' su accertamento e condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 266 ss.; F. CARPI, *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti*, in *Studi in memoria di C. Vocino*, Napoli, 1996, p. 77 ss.; C. MANDRIOLI, *Natura giurisdizionale e portata "sostitutiva" dell'esecuzione specifica*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989, p. 303 ss.; B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 157 ss.; G. TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, p. 800 ss.; V. COLESANTI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 601 ss.; di recente, V. CARNEVALE, *Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 63 ss.

(4) I §§ 888 ss. della Z.P.O. tedesca prevedono misure coercitive sia di natura pecuniaria (*Zwangsgeld*), che di natura personale (*Zwangshaft*). In argomento, per tutti, S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, p. 88 ss.; M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 146 ss. Più in generale v. C. D. KERAMEOUS, *Enforcement of nonmoney judgements and orders*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen-Boston, 2002, XVI (*Civil procedure*), 10-139.

(5) C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2007, § 4; E. SILVESTRI-M. TARUFFO, voce *Esecuzione forzata e misure coercitive*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989, p. 2; S. CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., p. 202.

(6) Senza che si debba necessariamente arrivare a connotare queste misure come di tipo sanzionatorio: così, invece, C. CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 101, il quale qualifica la misura di cui all'art. 614 bis c.p.c. in termini di «misura coercitivo-sanzionatoria di carattere pecuniario».

(7) Per approfondimenti sulle diverse posizioni, v. F.P. LUISO, *Esecuzione forzata (esecuzione in forma specifica)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989, p. 2 ss.; L. MONTESANO, *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 533 ss.

(8) Ed infatti, l'art. 25 del disegno di legge delega predisposto dalla Commissione Tarzia, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 948 ss., spec. p. 956 s., fra i «principi e criteri direttivi» prevedeva il riconoscimento del «potere del giudice, che accerta la violazione di un obbligo di fare o di non fare, eccettuati gli obblighi del lavoratore autonomo o subordinato, o di consegna o rilascio non derivante da contratto di locazione ad uso abitativo, di fissare una somma dovuta al creditore, oltre al risarcimento dei danni, per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione dell'obbligo inadempito, anche con decorrenza successiva alla sentenza ed anche con provvedimento successivo».

(9) Ed infatti, Trib. Terni, ord. 7 agosto 2009, inedita, osserva che: «L'introduzione dell'art. 614 bis cpc ha come scopo quello di rendere effettiva e sicura l'esecuzione degli obblighi di fare infungibile e di non fare (ma anche - a parere del giudicante - di tutte le sentenze di condanna o dei provvedimenti cautelari anticipatori della condanna, poiché la limitazione agli obblighi di fare o di non fare è contenuta solo nella rubrica dell'articolo e non anche nel corpo della norma) rispetto ai quali l'esecuzione tradizionale del codice di procedura italiana ha spesso avuto effetti deludenti».

(10) Proprio perché il presupposto per l'applicazione della misura coercitiva è la pronuncia di un provvedimento cognitivo di condanna è stato opportunamente rilevato che, «poiché la norma non ha (all'evidenza) alcuna attinenza con il vero e proprio processo esecutivo», la sua naturale *sedes materiae* sarebbe stata «all'interno delle norme relative alla decisione della causa»: così E.F. RICCI, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1359 ss., spec. p. 1363; nello stesso senso anche C. PUNZI, *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 1189 ss., spec. p. 1203.

(11) In questo senso, invece, l'art. 25 del disegno di legge delega predisposto dalla Commissione Tarzia, cit., p. 956 s.; v. anche l'art. 42 del disegno di legge delega n. C/4578/XIV, «Delega al Governo per la riforma del Codice di procedura civile», di iniziativa governativa, che recepiva il progetto elaborato dalla Commissione Vaccarella; così anche gli artt. 4.174 e 4.175 del Progetto elaborato da A. PROTO PISANI (*Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 1 ss.).

(12) Mi pare che trascuri quest'aspetto C. CONSOLO, *IL processo di primo grado*, cit., p. 456, quando rileva che «l'assenza di qualsivoglia finalità risarcitoria-restitutiva riconducibile alla previsione di una *astreinte* im-

pone di concludere che se la parte nei cui confronti sia stata pronunciata inibitoria assistita da *astreinte* perduri nel porre in essere il comportamento inibito, pur ove la sentenza di prime cure venisse riformata o cassata, essa sarebbe tenuta comunque al pagamento della relativa penalità di mora per il periodo ricompreso tra la pronuncia della sentenza di primo grado e la sua riforma/cassazione».

(13) In questo senso – oltre a chi scrive (A. CARRATTA, in C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Come cambia*, cit., p. 95 ss.) – C. CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Padova, 2009, p. 101.

(14) Salva la necessità, in questo caso, dell'applicabilità dell'art. 825 c.p.c. al fine di portare ad esecuzione forzata la misura coercitiva comminata ai sensi dell'art. 614-bis.

(15) Secondo C. CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze* cit., p. 101, è «difficile però immaginare un caso in cui la richiesta della parte possa davvero essere considerata “manifestamente iniqua” in sé (l'*astreinte*, infatti, è destinata ad operare solo per il caso di inadempimento del condannato). Molto più probabilmente potrà farsi questione di iniquità della quantificazione della sanzione pecuniaria, quantificazione che però verrà operata dal giudice e non dalla parte richiedente».

(16) Lo sottolinea anche A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile* cit., c. 222, il quale giudica incontrollabile il potere del giudice di valutazione dell'iniquità della misura coercitiva.

(17) Rinvio, in proposito, a A. CARRATTA, in C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Come cambia*, cit., p. 94 ss.; nello stesso senso, mi pare, S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis*, cit., § 5.

(18) S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, p. 230 ss.; in argomento v. anche S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, p. 128 ss.; ID., *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XX, Torino, 1985, p. 275 ss.

(19) Così C. CONSOLO, *Una buona “novella” al c.p.c.*, cit., p. 741; ID., *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., 97-98.

(20) Diversa la conclusione di G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., § 20, secondo il quale «sebbene l'obbligo di concludere un contratto appartenga certamente alla categoria degli obblighi infungibili, e lecito ritenere che il rimedio di cui all'art. 2932 c.c., ossia la possibilità di ottenere dal giudice una sentenza costitutiva che tenga luogo del contratto non concluso, escluda la possibilità d'invocare l'applicazione dell'art. 614 bis».

(21) In proposito, il C.S.M., nel parere reso il 30 settembre 2008 sul d.d.l. 1441-bis, presentato alla Camera dei deputati e approvato in prima lettura il 2 ottobre 2008, aveva osservato che «la previsione secondo la quale il provvedimento non costituisce titolo esecutivo per la riscossione delle somme elide tuttavia gran parte delle potenzialità di accelerata risoluzione delle controversie connesse alla violazione degli obblighi in questione».

(22) Su questo problema, con riferimento alla misura coercitiva tipica di cui all'art. 83, L. n. 1127/1939 in materia di proprietà industriale v. App. Milano, 10 febbraio 2004, in *Riv. es. forzata*, 2004, p. 673 ss., con nota di B. CAPPONI, *Ma l'astreinte in materia brevettuale è titolo esecutivo?*, per la quale i provvedimenti richiamati hanno ad oggetto una somma non liquida, in quanto condizionata dal concreto accertamento della violazione dell'inibitoria cui si accompagnano, e dunque non possono costituire titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c. che postula, al contrario, la determinazione del credito nell'*an* e nel *quantum*; in proposito v.

anche l'art. 131, 2° comma, D.Lgs. n. 30/2005 (c.d. codice della proprietà industriale).

(23) In proposito, v. anche E.F. RICCI, *Ancora novità*, cit., p. 1363; PUNZI, *Novità legislative*, cit., p. 1204.

(24) Invece, un'espressa previsione si rinveniva nell'art. 44 del d.d.l. S/1524/XV (Mastella), il quale così formulava l'art. 614-bis c.p.c. «Con il provvedimento di condanna all'adempimento di un obbligo di fare infungibile o di non fare, il giudice fissa la somma dovuta all'avente diritto per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata. Il provvedimento costituisce titolo esecutivo per la riscossione delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Il debitore può contestare il proprio inadempimento, o affermare che questo è dipeso da causa a lui non imputabile, con l'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'articolo 615».

(25) Un identico rilievo si ritrova nel parere del C.S.M. del 30 settembre 2008, citato, dove si osserva che «la disposizione non si applica nelle cause di lavoro, con una ingiustificata esclusione anche delle fattispecie (che più di altre meriterebbero invece di essere presidiate) di condanna a favore del lavoratore». Di scelta «tipicamente classista» parla A. Proto Pisani, *Ancora una legge di riforma a costo zero del processo civile*, Appendice alle *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2009, p. 4, il quale aggiunge, infatti, che non si comprende «perché gli obblighi infungibili del datore di lavoro pubblico o privato debbano godere di una simile esenzione».

(26) V., invece, F. CIPRIANI-G. CIVININI-A. PROTO PISANI, *Una strategia per la giustizia civile nella quattordicesima legislatura*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 81 ss., i quali proponevano l'applicazione anche «al settore del diritto del lavoro con la sola limitazione della sua non applicabilità in caso di condanna a prestare lavoro autonomo o subordinato»; v. anche l'art. 4.174 del Progetto elaborato da A. PROTO PISANI (*Per un nuovo codice*, cit.), il cui 3° comma prevede che «la presente disposizione non si applica in ipotesi di obblighi di prestazione di lavoro autonomo o dipendente».

V. anche, peraltro, il § 888, co. 2°, della *Z.P.O.* tedesca, che esclude l'applicabilità della misura coercitiva pecuniaria «alle condanne riguardanti la vita matrimoniale» ed alle «condanne a prestazioni di lavoro».

(27) Invece, nell'art. 4.174, 2° comma, del Progetto elaborato da A. PROTO PISANI (*Per un nuovo codice*, cit.) si prevede che «La pena pecuniaria è commisurata all'entità necessaria a indurre l'obbligato all'esecuzione spontanea. Essa, per ogni giorno di violazione, non può essere inferiore a cento euro e superiore a centomila euro».

(28) Così, invece, N. VENTURA, *L'esecuzione in forma specifica*, cit., p. 472, il quale osserva che «legare la determinazione dell'ammontare della misura coercitiva alla considerazione del “danno quantificato o prevedibile”, significa attribuire a tale misura una finalità risarcitoria che è invece estranea all'istituto della penalità di mora, ed al contempo significa frustrarne proprio il carattere compulsorio, atteso che nessuna efficacia deterrente può spiegare la minaccia del pagamento di una somma comunque non superiore al risarcimento che il debitore sapeva già di dover corrispondere in ragione dell'inadempimento». q

(29) Invece, nel senso che non sarebbe stato risolto dal legislatore il problema del possibile cumulo della misura coercitiva con il risarcimento del danno A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile* cit., c. 222. Nel senso del testo S. MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., § 5, il quale osserva che rispetto all'*astreinte* francese «in pochi dubitano della possibilità di comminare la misura compulsoria anche nel caso di condanna al risarcimento del danno: *astreinte* e risarcimento si cumulano proprio perché perseguono finalità distinte».

Sezione famiglia e minori

Sentenze e Ordinanze

Tribunale dei Minorenni di Genova, 21 settembre 2009, n. 134 – Pres. Sansa – Est. Atzeni.

MINORI - dichiarazione dello stato di adottabilità - cessione di neonato a terzi - alterazione di Stato - sussistenza dello stato di abbandono - pentimento della madre irrilevanza.

La cessione di un neonato a terzi costituisce un gravissimo atto di abbandono che non consente il riaffidamento del bimbo alla madre biologica che l'ha commesso, se non in presenza di un sicuro ravvedimento della stessa, provato da elementi di modifica del proprio agire immediati e duraturi nel tempo, comprovati da costante e ineccepibile adesione al progetto di recupero predisposto in suo aiuto dai servizi sociali, che fughi ogni dubbio sull'eventuale ulteriore cambiamento di opinione della madre.

(...Omissis...)

Nel procedimento volto alla dichiarazione dello stato di adottabilità del minore C, nato a X il XX di A elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv.to R del foro di Genova che la rappresenta e difende, in virtù di procura speciale a margine del ricorso in data 20.1.2009;
Curatore Speciale del minore: Avv. M del foro di Genova.

La causa è stata tenuta a decisione sulle seguenti conclusioni

Nell'interesse di A:

Voglia il Tribunale per i Minorenni:

1) Disporre (memoria del 20.3.09) l'archiviazione della procedura volta alla dichiarazione dello stato di adottabilità del minore, non sussistendo nel caso che occupa la situazione di abbandono del minore poiché l'esponente ha reperito uno stabile lavoro retribuito, risulta aver cessato la precedente attività di prostituzione, risulta avere la disponibilità di un alloggio ed è pertanto in grado di provvedere all'assistenza morale e materiale del figlio C ; in subordine chiede che il T.M. valuti l'opportunità di sentire, a mezzo autorità consolare o mediante comparizione diretta, ai sensi dell'art. 12 L. 1983/184 la nonna paterna della esponente sig.ra P, la quale è disponibile a prestare il proprio appoggio per l'assistenza del piccolo C;

2) Archiviare (memoria 31.7.09) la procedura di adottabilità poiché l'esponente ha reperito nuova attività lavorativa, disponendo, ove occorresse nuova convocazione della stessa A.

Il Curatore Speciale del minore:

Insiste perché venga dichiarato lo stato di adottabilità del minore e respinte tutte le istanze proposte dalla madre naturale.

Il Pubblico Ministero: Voglia il Tribunale per i Minorenni dichiarare lo stato di adottabilità del minore.

Svolgimento del processo

Con relazione del 4.10.2007 il Dirigente dell'Unità Operativa di Anestesia e Rianimazione dell'Istituto G di V, dott. A. M., riferiva a questo Tribunale per i Minorenni che il X.X.07 era stato ricoverato presso quel reparto pediatrico il piccolo C, nato da taglio cesareo, presso lo stesso Istituto, affetto da grave prematurità con pervietà del dotto arterioso,

sino ad allora ricoverato presso l'Unità Operativa di Patologia Neonatale. Segnalava che durante la degenza il piccolo era stato visitato in alcune occasioni dalla madre biologica, così identificata dal personale del Reparto perché sottoposta a taglio cesareo e ricoverata presso l'U.O. di Ostetricia e Ginecologia. La madre biologica era stata assistita durante i colloqui con i sanitari da una sedicente zia del piccolo.

Nel corso di un colloquio tenuto dal Dott. A. M. con le due donne, per informare la madre biologica delle condizioni cliniche del piccolo, la zia aveva chiesto insistentemente di poter entrare nel reparto per visitare il bambino. Di fronte al diniego del dott. A.M., motivato dalla necessità prioritaria dello sviluppo di un adeguato rapporto madre-bambino, la stessa aveva asserito testualmente: "lei è la mamma che lo ha fatto, io sono la mamma che lo cresco perché io non posso avere bambini"; aveva aggiunto inoltre di chiamarsi U e che il bambino portava il suo cognome. Il Dott. A.M. aveva peraltro fatto presente alla U che in Italia un comportamento simile costituiva un illecito e che sarebbe stata consentita la visita esclusivamente alla madre biologica. Alla contestazione del medico, la U. aveva risposto di aver mentito per poter entrare in reparto a vedere il bambino.

Il x.x.07 il minore veniva trasferito presso il reparto di Neonatologia degli Ospedali O, poiché non necessitava più di cure intensive, ma di un monitoraggio sulle sue condizioni di salute. Il dott. A.M. informava i colleghi della particolare e delicata situazione familiare del piccolo, fornendo la precisa descrizione fisica delle due donne (madre biologica e zia) affinché potessero essere identificate. Dopo alcuni giorni il dott. A. M. veniva informato dal reparto di Neonatologia degli Ospedali O. - in particolare dal padre Prof. P. M., Primario del Reparto di Neonatologia dello stesso Ospedale O. - che la donna corrispondente alla descrizione fisica della zia si presentava chiedendo notizie del bambino definendosi la madre.

Il dott. Andrea Moscatelli, informatane la Direzione Sanitaria del G., decideva quindi di procedere ad una verifica circa l'attestazione di nascita avvenuta presso l'Istituto e circa la registrazione anagrafica del bambino.

Da tali accertamenti risultava che l'identificazione della madre biologica del minore era avvenuta, al momento del parto presso l'Istituto G., grazie alla presentazione da parte della partorientista al personale ospedaliero, di una tessera sanitaria provvisoria a nome di U, scaduta e priva di fotografia, che potesse consentire l'accertamento delle generalità della signora.

Inoltre il documento di identità presentato agli uffici dell'Anagrafe del Comune di V. per la registrazione del bambino, di cui il dott. A.M. poteva acquisire fotocopia, risultava intestato ad U e dalla fotografia presente sul documento egli poteva riconoscere la donna che, durante il ricovero in Ri-animazione, si definiva zia del piccolo.

Con decreto, in data x.x.2007, questo Tribunale, su ricorso del P.M. disponeva l'apertura della procedura volta alla verifica dello stato di abbandono del minore, affidando il piccolo C al servizio sociale del Comune di V, facendo divieto all'Ospedale ove il bimbo si trovava ricoverato, di consegnarlo ai genitori o a qualsiasi altra persona se non previa autorizzazione del Tribunale per i Minorenni.

Con comunicazione del x.x.2007, questo Tribunale informava la Procura della Repubblica presso il Tribunale di V, dei fatti sopra descritti cosicché veniva iscritto presso il registro degli indagati un procedimento penale a carico di U e della madre biologica del bambino, identificata come A, per alterazione di stato.

Nel corso dell'istruttoria (all'udienza del x e del x.x.07), venivano sentiti dinanzi al giudice delegato il Dott. A. M., l'Assistente Sanitaria I., la caposala D ed il Prof. P. M., Primario del reparto di Neonatologia dell'Ospedale O., dove il bimbo era stato trasferito dall'Istituto G.

Il Dott. A. M. nel confermare quanto già segnalato con relazione del x.x.2007 dichiarava che la A, dopo la sua dimissione e per un certo periodo non andava a visitare il bambino mentre si recava a visitarlo la U. da sola.

Il Prof. P. M. confermava di aver avuto dal figlio, dott. A. M., la segnalazione degli eventi su descritti, svoltisi al G. con riguardo al bambino.

La Caposala D. riferiva che, durante la degenza del minore presso l'Ospedale O., la sig.ra U. si proponeva al personale sanitario come madre del bimbo, soggiungendo che le due donne, la U. e la A, erano accompagnate da un uomo di cui non si conosceva l'identità. Successivamente, a seguito della comunicazione ricevuta dall'Ospedale O. circa le indagini in corso da parte della Procura della Repubblica di Genova, i sanitari avevano individuato nella A. la madre biologica ed avevano consentito esclusivamente a quest'ultima di visitare il bambino.

La D precisava che le due donne, avuta conoscenza del procedimento penale, avevano dichiarato al personale ospedaliero di aver falsamente asserito la maternità della U. al fine di non pagare il ricovero ospedaliero relativo al parto, che nel loro paese, (la R.) era a pagamento.

Tuttavia la stessa Caposala riferiva che tale versione era stata offerta dalle donne dopo aver avuto notizia delle indagini penali a loro carico, e che prima di ciò era la sola U. a presentarsi ai sanitari come madre del piccolo. Quest'ultima comunque anche dopo le giustificazioni fornite aveva chiesto insistentemente di visitare il piccolo C., ma il personale medico non glielo aveva più permesso.

Le prime indagini svolte dalla Procura di V. in atti consentivano di accertare che le due donne, dedite alla prostituzione, alloggiavano insieme presso l'Hotel E. di V. e si accompagnavano ad un uomo (tale B.) che le aveva condotte anche all'ospedale e che aveva svolto le formalità necessarie ai fini dell'accettazione per il parto della A.; risultava inoltre come emerge dagli atti dell'Ospedale G., che la U. aveva assistito la A. durante il suo ricovero e che il B. aveva dichiarato all'ospedale G. che la partoriente era U. ai fini dell'accettazione amministrativa della A. (v. audizione dinanzi a questo T.M. del Dott. A. M. del x.x/07).

Le due donne, entrambe cittadine r., venivano sentite ai sensi dell'art. 12 L. 1983/184 all'udienza del 30.10.2007 dal giudice delegato; le stesse in particolare dichiaravano di esercitare la prostituzione ed ammettevano che la madre biologica del minore era A. Quest'ultima nel fornire al giudice la propria versione della vicenda rendeva dichiarazioni completamente difformi da quanto riferito ai servizi sociali del Comune di V; la donna infatti all'udienza del 30.10.2007 affermava che essendo priva di passaporto – poiché le era stato rubato circa un mese prima di partorire – si era recata in Questura per denunciare il furto e che tuttavia la sua denuncia non era stata verbalizzata dai Poliziotti. Trovandosi senza documento di identità aveva utilizzato la tessera sani-

taria – peraltro visibilmente scaduta – fornita dalla U. e appartenente alla stessa, per evitare di dover pagare il ricovero ospedaliero al momento del parto, che in R. era a pagamento.

Tali dichiarazioni, tuttavia, non apparivano credibili atteso che, come risulta dagli atti in possesso dell'Ospedale G, la tessera menzionata aveva scadenza chiaramente visibile del x.x.2005 (i dati di tale tessera sono stati riportati dal personale sanitario nella attestazione di nascita in atti del x/x/2007) come non appariva credibile che della denuncia di furto del passaporto i poliziotti non avessero redatto verbale. Peraltro la A forniva una diversa versione agli operatori del servizio sociale del Comune di V, asserendo di essere vittima della tratta di esseri umani (come da sua segnalazione al numero verde predisposto dalla Provincia di V) e soggiungendo che la sua sfruttatrice doveva identificarsi in U, la quale l'avrebbe costretta a prostituirsi.

In seguito a tale segnalazione la A veniva inserita presso la Comunità "V C" di V. a cura dei servizi sociali che le fornivano anche i necessari sostegni comunali (quali la frequenza a corsi linguistici e l'aiuto ad un percorso di autonomia); la donna precisava inoltre agli operatori sociali di esser partita dalla R. per sfuggire al marito con cui era grave in conflitto (verbale audizione Ass.Soc. P. del x.x. 2007);

Risentita dal giudice delegato il 10/12/2007, in epoca successiva al suo inserimento in comunità, la A non confermava la versione offerta ai servizi sociali. La donna invitata a chiarire la natura dei suoi rapporti con la U. ribadiva invece che U. era una collega di lavoro, una prostituta come lei. A lei aveva chiesto aiuto e da lei aveva ricevuto indicazioni circa il Consolato ove ottenere un documento per il ritorno in R. Affermava – riferendo ancora cosa diversa – che il marito si trovava in Italia e che a conoscenza del meretricio dalla stessa esercitato, manifestava spesso accessi di rabbia nei suoi confronti per motivi di gelosia giungendo a percuoterla; le lesioni subite tuttavia non erano mai state certificate perché non si era mai recata al Pronto Soccorso.

La A riferiva al giudice delegato di volersi occupare direttamente del bambino rimanendo in Italia e di voler reperire un'attività lavorativa grazie al sostegno del Comune di V; la donna affermava che in seconda ipotesi avrebbe portato il minore in R. presso la nonna di lei che l'aveva allevata, essendosi la propria madre allontanata in seguito alla separazione dal padre;

U, sentita il 30.10.2007 nel corso dell'istruttoria dinanzi al giudice delegato, riferiva di esser amica della A e di esercitare come lei la prostituzione. Soggiungeva che poiché quest'ultima era priva di documenti personali, era stato loro detto che avrebbe dovuto pagare il ricovero ospedaliero relativo al parto. Non precisava da chi avessero avuto tale erronea informazione né perché la stessa U. invece non avrebbe dovuto pagare il ricovero ospedaliero (dato che la tessera sanitaria a suo nome era scaduta). La donna riferiva che l'individuo che l'accompagnava era tale B., di cui non poteva dire la professione. Affermava di esser giunta in Italia circa quattro anni prima e da allora andava e veniva per la R.. Aveva inoltre avuto un ricovero presso l'Ospedale di V. per un aborto spontaneo. La U. dichiarava che una volta avuto con sé il piccolo C. l'avrebbe portato in R. presso i genitori della A.

Dalla cartella clinica dell'Ospedale S. C. di V. acquisita agli atti risultava il ricovero della U. in data X.X.2004 in relazione ad una gravidanza alla 24° settimana, con esiti di morte endouterina del feto. Inoltre dalle informazioni rese

dall'Ospedale O emergeva un accesso della U. presso il Pronto Soccorso dello stesso Ospedale in data X.X.2004, dalla cui certificazione risultava che la donna aveva riferito un precedente aborto spontaneo al sesto mese di gravidanza e che era tornata nuovamente incinta alla seconda settimana lamentando algie pelviche.

Nel contempo, dalle indagini della Polizia giudiziaria in atti, emergeva che i rapporti tra la A e la U. erano improntati a collaborazione e complicità. Infatti era stato effettuato, su disposizione della Procura della Repubblica, un servizio di sorveglianza delle due donne e dell'uomo che si trovava sempre con loro e che aveva contribuito a far effettuare il riconoscimento alla U.

Le due donne, infatti, avevano alloggiato nella stessa stanza dell'Hotel E, situato a X, e dai pedinamenti svolti dalla Polizia risultava che esse nel periodo successivo al parto si accompagnavano con un uomo, il quale le conduceva alle visite al bambino presso l'Ospedale O. Inoltre i tre erano stati visti pranzare insieme al ristorante anche in compagnia di altre persone, andare e venire dall'Hotel ove alloggiavano le due A e U.

Emergeva chiaramente che le due donne avevano operato lo scambio delle loro identità nei due Ospedali G e O, nonché alterato lo stato civile del neonato, ed effettuato un reale scambio del ruolo genitoriale. (V. relazione di P.G. del X.X.2007 pag. 3)

Il Servizio Sociale del Comune di V indicava l'opportunità di continuare il monitoraggio della condotta della madre biologica, che si trovava allora collocata presso la Comunità V. C., al fine di meglio comprendere le reali intenzioni della donna.

Con decreto in data X.X. 2007 questo Tribunale, attesa l'estrema gravità dei fatti esposti e delle plurime contraddittorie dichiarazioni rese dalla A che ne inficiavano la credibilità, riteneva un fattore di elevato rischio per il minore la sua collocazione con la madre in struttura madre-bambino.

Disponeva pertanto che a cura del servizio sociale affidatario il bimbo, ormai dimissibile, fosse inserito presso una casa-famiglia, con riservatezza sulla stessa collocazione; inoltre dava mandato allo stesso servizio di verificare la natura del rapporto madre-figlio con un'osservazione da parte di un operatore qualificato in ambiente neutro e protetto.

Venivano impartite chiare prescrizioni alla A in particolare di recarsi regolarmente a visitare il figlio; di collaborare lealmente con gli operatori sociali, con gli educatori e col personale del luogo ove avrebbe incontrato il bimbo; di organizzare la propria vita in funzione delle esigenze del piccolo; di astenersi dal frequentare U e B nonché persone che gravitano nell'ambiente della prostituzione; di astenersi dal prostituirsi e dedicarsi ad attività lavorative consone alla sua figura di madre.

La collocazione del bambino veniva scelta, per ragioni di sicurezza del piccolo, presso una struttura non situata nella provincia di V; comunque venivano organizzati gli incontri madre-figlio a cura del servizio sociale in luogo neutro, distante da V poco più di un'ora di treno; la donna in alcune occasioni veniva accompagnata a tali visite anche in auto dagli operatori.

Dalle informazioni inviate periodicamente dal servizio sociale risultava che la A, si era inizialmente recata agli incontri col bambino.

Tuttavia, con successiva comunicazione in data X.X.2008 il servizio sociale segnalava che la A l'X.X.2008 si era allontanata inaspettatamente dalla comunità ove era ospite, senza

indicare il nuovo domicilio. L'assistente sociale riferiva inoltre telefonicamente al giudice delegato (v. verbale di ricezione di informazioni stilato dal giudice delegato in data X.X.08) che, durante la notte tra l'X e il X.X.2008, la casa-famiglia che ospitava il bambino aveva subito l'effrazione della porta dei locali ad opera di due persone che si erano introdotte nell'edificio e che poi, vistesi scoperte, si erano allontanate. In particolare il responsabile della casa-famiglia "P" di S. sig. N, aveva comunicato al servizio che l'educatrice incaricata di condurre il piccolo C dalla struttura al luogo protetto per le visite alla madre, al termine dell'ultimo incontro, aveva avuto la sensazione di esser stata seguita. Il sig. N aveva inoltre precisato che solo la sua prontezza, dovuta ad una esperienza negativa precedente di sottrazione di minori, purtroppo avvenuta nella sua struttura, aveva evitato il peggio.

Pertanto in via d'urgenza con decreto in data X.X.2008 questo Tribunale confermava l'affidamento del bimbo al servizio sociale del Comune di V, incaricando lo stesso servizio di predisporre l'immediato trasferimento del bambino in altra idonea struttura, con l'ausilio delle forze dell'ordine e con riservatezza su tale collocazione, sempre che le condizioni di salute del bimbo non richiedessero un preventivo ricovero ospedaliero. Infatti il bambino risultava in stato di salute precaria e presentava frequenti stati febbrili nonché difficoltà respiratorie.

Con lo stesso provvedimento si sospendevano i rapporti tra A e il piccolo C.

Il bambino veniva sottoposto ad osservazione presso l'Istituto G (v. rel. del X.X.08 dello stesso Istituto) e la valutazione funzionale globale evidenziava "livelli di arousal non ottimali, una intersoggettività non adeguata all'età cronologica". Il potenziale di apprendimento per attività indotte appariva condizionato da continue stimolazioni. "La capacità imitativa non era facilmente evocabile ed i tempi di attenzione risultavano discontinui; si evidenziava immaturità della capacità di condivisione, oltre che delle risposte uditive, visive e tattili. L'aspetto motorio risultava caratterizzato da ipotonia assiale alternata a modesti atteggiamenti disarmonici."

I sanitari concludevano per un quadro di "immaturità psicomotoria in tutte le aree di sviluppo esplorate non riferibili pertanto all'età corretta e indicavano la necessità di stimolazioni di "maternage", già in corso da parte di chi assisteva il bimbo, e di un trattamento abilitativo psicomotorio costante, in benessere, per sollecitare un'armoniosa evoluzione".

Analizzata la storia personale e clinica del piccolo, gli specialisti dell'Istituto indicavano che "in assenza di elementi neurologici significativi, l'immaturità psicomotoria riscontrata poteva verosimilmente attribuirsi in parte a mancanza di stimolazioni specifiche ambientali indispensabili per l'evoluzione armonica e il benessere di ogni bambino, al di là dalle dimostrazioni di assistenza corretta e affettiva rivoltagli dalle strutture che l'avevano avuto in carico".

Venivano sentiti dal giudice delegato i responsabili della casa-famiglia P e dell'Istituto S. E. In particolare la Direttrice di quest'ultimo confermava all'udienza del X.X.2008 le condizioni di salute precaria del bimbo che dopo dieci giorni dall'ingresso in tale struttura aveva necessitato di un ricovero ospedaliero d'urgenza per una broncopolmonite.

La Direttrice indicava l'opportunità di procedere tempestivamente all'adozione del bimbo che manifestava bisogno di cure sempre costanti e di stimoli adeguati.

La madre del bambino, dal canto suo, dopo l'allontanamento dalla Comunità, aveva contattato una sola volta il servizio sociale il X.X.08, chiedendo informazioni sul figlio, asserendo che stava valutando la possibilità di rientrare in R. con lui. La donna affermava di aver ripreso a prostituirsi per un certo tempo e di vivere presso un uomo italiano di cui non intendeva indicare il nominativo, non forniva inoltre alcuna indicazione circa il suo domicilio.

Alla A il servizio sociale proponeva un nuovo percorso di aiuto e sostegno, ma la donna non prendeva in considerazione il progetto e non dava più notizie di sé agli operatori sociali (v. relaz. Sociale del X.X.08).

Pertanto, con decreto del X.X.2008, questo Tribunale, considerata ancora una volta l'inaffidabilità della condotta della donna, il fatto che ella aveva disatteso tutte le prescrizioni impartitele col provvedimento del X.X.2008 e che non appariva in alcun modo determinata a modificare il suo stile di vita disinteressandosi dell'ulteriore possibilità di sostegno offertole dal servizio sociale, disponeva la sua sospensione dalla potestà sul figlio.

Avverso tale decreto la madre del bimbo proponeva reclamo dinanzi alla Corte d'Appello di V. eccependo il difetto di giurisdizione del Tribunale per i Minorenni Italiano. La Corte d'Appello dichiarava inammissibile il reclamo.

Con successivo ricorso depositato presso questo T.M. in data X.X.2009 A assumeva pretestuosamente che i decreti del X.X.2007, del X.X.2007 e del X.X.2008 non le fossero stati regolarmente notificati e chiedeva la revoca della sospensione dalla potestà sul figlio, la ripresa dei rapporti col bimbo, e ogni provvedimento meglio visto a tutela della stessa madre.

I decreti predetti risultavano peraltro tutti ritualmente notificati alla ricorrente come può evincersi dagli atti.

Veniva disposta la comparizione personale della A per l'udienza del X.X.2009, nella quale la donna alla presenza del suo difensore prendeva atto della regolarità delle notifiche dei provvedimenti su indicati.

La A riferiva di vivere e lavorare dal settembre 2008 presso il sig. G, nella via XX n. x di V, in qualità di domestica e di percepire una retribuzione mensile di 1.000 euro, come a suo avviso si evinceva dalla documentazione prodotta. Inoltre produceva i bollettini relativi al pagamento delle prestazioni INPS. Il G a sua detta viveva con una nipote e la figlia di questa di quattro anni.

Ammetteva di aver abbandonato il progetto del servizio sociale e di aver falsamente dichiarato di esser stata vittima della tratta di esseri umani, giustificando tale sua condotta con l'asserita urgenza di riavere il figlio con sé. Soggiungeva che l'uomo italiano di cui non aveva voluto fare il nome agli operatori sociali era proprio G. Assumeva di non aver più visto da tempo U.

La donna si riteneva ora in grado di occuparsi del figlio, poiché aveva un'attività lavorativa e un alloggio. All'esito dell'udienza il giudice delegato, su istanza della difesa, concedeva il termine del 23.3.09 per il deposito di memorie conclusive.

Peraltro si rendevano necessari ulteriori atti istruttori e su richiesta del giudice delegato, G veniva sentito dai Carabinieri di V. Questi affermava di aver conosciuto la A nel L C dove costei svolgeva l'attività di meretricio e confermava la versione offerta dalla stessa, circa il suo rapporto di lavoro domestico, comprensivo di vitto e alloggio, e la sua retribuzione mensile di 1.000 euro. Egli soggiungeva di lavorare come autista alle dipendenze di una ditta di trasporti (la

XXXX SRL con sede in V) con uno stipendio di circa 1.600 euro al mese, e di potersi permettere l'assunzione e il pagamento della domestica, in relazione a non meglio precisati lasciti ereditari che aveva ricevuto in seguito al decesso della madre, tanto che avrebbe addirittura potuto non lavorare, mentre, di fatto, continuava il suo lavoro dipendente.

Le successive indagini svolte dalla sezione specializzata di Polizia Giudiziaria presso la Procura della Repubblica per i Minorenni, disposte su richiesta del giudice delegato, permettevano di accertare che la A benché sposatasi in data 16.7.2008 con tale S, nato il XXX, intrattiene una relazione sentimentale con L, nato in R. il XXX alias Y, persona conosciuta dalla Polizia di V poiché in data XXX veniva sottoposto in stato di fermo per sfruttamento della prostituzione, atti sessuali con minorenne, lesioni personali ed estorsione. Lo stesso L veniva arrestato da personale della Squadra Mobile della Questura di V il XXX poiché colpito da un Ordine di arresto europeo (MAE nr. XXX del XXXX) emesso dal Tribunale di P i in R. per furto aggravato ed in seguito estradato in R. (v. relaz. Della Squadra Mobile della Questura in data X.X.2009)

Dalle informazioni assunte dalla Polizia tramite le Autorità r., risultava che la A, persona priva di attività lavorativa in R., aveva effettuato dei colloqui in carcere con il L., incontri avvenuti nei mesi di settembre, novembre e dicembre 2008, nonché nel mese di febbraio 2009. La stessa veniva registrata dalla polizia penitenziaria r. (con il n. di carta di identità nr. XXXXX) come "concubina".

Inoltre in due occasioni, nel mese di settembre e di dicembre 2008, la stessa A risultava essersi recata ai colloqui in carcere con il fratello del L, tale M.

Le Autorità romene inviavano alla Polizia di V anche la riproduzione fotografica di A corrispondente alla persona della madre del piccolo C. (v. relaz. della Squadra Mobile della Questura in data X.X.2009)

Nella relazione in data x.x.2009 la Polizia Giudiziaria riferiva che la Squadra Mobile di V. aveva proceduto all'arresto del L. il X.X.08 a seguito di un servizio di osservazione in cui risultava esser in compagnia della sua attuale compagna A. L'arresto veniva eseguito presso l'appartamento di G nato a XX il XXX, nella via X, ove veniva appunto accertata la presenza del L insieme alla A.

A carico del G risultavano dei procedimenti penali pendenti per reati finanziari.

Nella stessa relazione del X.X.09, la Polizia precisava che con riguardo al procedimento penale n.XXXX, pendente a carico di A e di U per alterazione di stato, non si era potuto procedere all'interrogatorio delle due donne perché esse si erano rese irreperibili.

Il 12.5.2009 il giudice delegato procedeva all'audizione dell'Ispettrice Capo Z, in servizio presso la Procura della Repubblica dei Minori di Genova, la quale confermava che, dopo l'arresto di L, avvenuto presso l'abitazione di G, la sua convivente A, lo aveva seguito in R.

L'ispettrice dichiarava inoltre che U. si trova a V e continua a prostituirsi nel L. C. La stessa dimora ancora presso l'Hotel E., frequentato notoriamente da prostitute.

Infine nella citata relazione del X.X.2009, la Polizia Giudiziaria riferiva che i numerosi controlli eseguiti sul territorio dalla Squadra Mobile della Questura avevano evidenziato la presenza della A, conosciuta come prostituta, in compagnia anche di U nel L C: controlli effettuati l'X.X.2007, il X.X.2007, il X.X.2008, il 6.3.2008 e il 21.3.2008.

Tali indagini permettevano di accertare che la A era solita

prostituirsi anche in stato di gravidanza poiché vi era tale particolare “mercato e clienti”.

Il 9.6.2009 la Polizia Giudiziaria presso la Procura dei Minorenni, effettuava una visita domiciliare presso l’abitazione di G, nella via XXX.

Verso le ore 10,20 all’interno dell’appartamento gli agenti appuravano la presenza di A, appena svegliatasi (ed identificata con una carta di identità rilasciata il giorno prima nr. AR 9225668).

La stessa dichiarava di esser tornata in Italia da pochissimi giorni.

La porta dell’abitazione era stata aperta da tale N (nata a XXX il X.X.XX), residente a V vico XX, nei cui confronti risultavano dei precedenti penali, ed in particolare un arresto avvenuto nel XX per produzione e spaccio di stupefacenti.

Quest’ultima dichiarava di trovarsi ospite di G da circa quindici giorni (benché risultasse risiedere in vico XX) al fine di accudire il proprio marito ricoverato presso il nosocomio V S.

Si accertava inoltre la presenza nell’appartamento di tale D E (nato in XX il X.X.XX, lo stesso che avrebbe dovuto trovarsi ricoverato nell’Ospedale V.S. e che presentava l’ingestura in ambedue le parti finali degli arti inferiori).

A carico del D E risultavano numerosi precedenti penali ed egli risultava esser stato detenuto in vari Istituti di pena, nonché in possesso di numerosi *Alias*.

La A, interpellata dagli agenti, ribadiva il suo compito di “Colf” all’interno della casa, che risultava peraltro ancora visibilmente da riassetto anche in relazione all’ora dell’accesso: le camere tutte da rifare e una di queste era chiusa a chiave dall’esterno con un lucchetto. G era assente.

All’esito di tali ulteriori atti istruttori, con provvedimento in data X.X.09, il giudice delegato comunicava al difensore della A e al curatore del minore la possibilità di prenderne visione e concedeva il termine del 31.7.09 per il deposito di memorie integrative.

Con memoria depositata il 31.7.09 il difensore della A ha chiesto l’archiviazione della procedura di adottabilità assumendo che l’esponente aveva reperito una nuova attività lavorativa ed ha domandato, ove occorresse, l’ulteriore convocazione dell’istante.

In particolare quest’ultima ha asserito di avere reperito altro lavoro e alloggio, come custode e addetta alle pulizie presso la ditta di spedizioni “XX Spedizioni s.a.s.”, ed ha prodotto la lettera di assunzione del 20.7.2009.

Attualmente il piccolo C è collocato presso una famiglia, ove è ben inserito ed ove grazie alle cure amorevoli, agli stimoli costanti dei familiari, alle sedute di psicomotricità cui essi l’hanno sottoposto, ha migliorato notevolmente le sue condizioni di salute.

Motivi della decisione

Il quadro che si compone valutando i dati conoscitivi acquisiti nel corso dell’istruttoria è quello di un rapporto genitoriale connotato da condotte gravissime di abbandono morale e materiale.

Risulta sicuramente provato che la madre biologica del bambino abbia consentito il riconoscimento del figlio da parte di U. Come si evince dal certificato anagrafico agli atti.

Il Dott. A M in servizio presso il Reparto di Rianimazione dell’Istituto G ha al riguardo dettagliatamente descritto i comportamenti delle due donne, nonché quanto riferitogli dalla U circa le sue intenzioni di svolgere in prima persona

il suo ruolo di madre del bimbo, e circa il comportamento della madre biologica, dopo la sua dimissione, omissivo delle visite al piccolo presso l’Ospedale G.

La Caposala D in servizio presso l’Ospedale O, ove il piccolo C era stato trasferito dal G, ha riferito che durante la degenza del minore presso tale nosocomio, la sig.ra U si proponeva al personale sanitario come madre del bimbo.

Lo stesso Dott. A M ha confermato che tale circostanza gli era stata riferita dal padre Prof. P M, Primario del Reparto di Neonatologia dell’Ospedale O.

Ciò aveva dato l’avvio da parte del Dott. A.M. ad ulteriori accertamenti circa l’attestazione di nascita avvenuta presso l’Istituto e circa la registrazione anagrafica del bambino.

Da tali accertamenti risultava che l’attestazione di nascita era stata effettuata a seguito della presentazione, da parte della madre biologica al personale ospedaliero, di una tessera sanitaria provvisoria a nome U, scaduta e priva di fotografia, che potesse consentire l’identificazione della donna.

Inoltre il documento di identità presentato agli uffici dell’Anagrafe del Comune di V per la registrazione del bambino, di cui il dott. A M ha acquisito fotocopia, prodotta agli atti, risulta intestato ad U e dalla fotografia presente sul documento si ha conferma trattarsi di quest’ultima.

Tale gravissimo atto è ad avviso di questo collegio una indubbia modalità di cessione del bimbo da parte della madre biologica a terzi. Confermata poi dalle dichiarazioni della U circa la sua intenzione di crescere il piccolo. Sicuramente un gesto da valutare da parte della competente Autorità, anche sotto il profilo della fattispecie penale di abbandono di minore.

La giustificazione, fornita dalle due donne circa l’alterazione di stato compiuta, è infatti del tutto inverosimile.

In particolare deve ricordarsi quanto dichiarato al giudice delegato dalla caposala D la quale ha precisato che le stesse donne, avuta conoscenza del procedimento penale, avevano dichiarato al personale ospedaliero di aver falsamente attestato la maternità della U al fine di non pagare il ricovero ospedaliero relativo al parto, che nel loro paese, (la R) sarebbe a pagamento.

Tale versione appare dunque chiaramente volta ad evitare le conseguenze, anche penalmente rilevanti, dell’azione commessa ed è comunque pienamente smentita nella sua credibilità dal fatto che la tessera sanitaria recante il nome della U, fornita dalla A a scopo identificativo al momento del parto, era visibilmente scaduta, cosicché non avrebbe raggiunto lo scopo asserito di evitarle il ritenuto pagamento delle prestazioni ospedaliere.

Nel corso dell’istruttoria la madre biologica del bimbo ha più volte affermato di essersi pentita degli errori commessi e di voler modificare il suo stile di vita.

Tuttavia ella non è mai stata credibile nelle sue asserzioni. Tutte le sue audizioni sono state innanzitutto connotate da versioni contraddittorie, successivamente accertate come non veritiere, tese a fornire sempre un’immagine di sé vittimistica e adeguata, non rispondente a verità.

Che la A abbia in ogni caso avuto pienamente la possibilità di uscire dal mondo della prostituzione e della malavita e di costruirsi una vita regolare consona al suo ruolo di madre è indubbio.

I servizi sociali avevano infatti predisposto un progetto finalizzato alla protezione della donna, al suo apprendimento della lingua italiana e alla sua formazione professionale, prodromico ad un percorso di autonomia.

La A, tuttavia, allontanandosi dalla struttura “V C” di V ha

disatteso inequivocabilmente il progetto.

Né ha più mostrato di accettare il monitoraggio degli operatori sociali sulla sua vita, dato che anche quando il X.X.08 si era recata al servizio sociale per chiedere informazioni sul figlio (asserendo che stava valutando la possibilità di rientrare in R. con lui) la donna aveva riferito di aver ripreso a prostituirsi e di vivere presso un uomo italiano di cui non intendeva indicare il nominativo. Costei non aveva voluto neppure fornire alcuna indicazione del suo domicilio.

In quella occasione il servizio sociale aveva proposto alla A un nuovo percorso di aiuto e sostegno, ma la donna non aveva preso in considerazione il progetto e non aveva dato più notizie di sé agli operatori sociali (v. relaz. Sociale del X.X.08).

Si può dunque certamente affermare che la madre del bambino, nonostante l'estrema gravità del gesto compiuto, sintomatico di un evidente abbandono morale e materiale del figlio, sia stata ripetutamente posta nella condizione di esser supportata, di modificare i suoi comportamenti pregiudizievoli e di potersi occupare del bimbo, al quale questo Tribunale le aveva anche permesso le visite in ambito protetto. Ma nemmeno di questa fiducia la A ha saputo usufruire per realizzare il programma di recupero predisposto a suo favore.

La donna ha tenuto sempre un atteggiamento mendace ed eludente delle prescrizioni imposte da questo Tribunale, col decreto pronunciato in data X.X.2007.

In particolare dalle informazioni pervenute dalla Squadra Mobile di V, risulta la sua inequivocabile scelta di vita in stretta aderenza con la malavita romana.

Come si è visto la donna benché sposatasi il X.X.2008 con tale S, (da cui ha assunto il nuovo cognome) intrattiene una relazione sentimentale con L, persona con gravissimi precedenti penali per i reati di sfruttamento della prostituzione, atti sessuali con minorenni, lesioni personali ed estorsione. Risulta inoltre che la donna si sia recata a visitare in carcere il L ed il fratello di questi.

La A, risulta quindi fortemente invischiata in situazioni di illegalità, nonché costantemente a contatto con pregiudicati. La stessa inoltre non ha osservato la prescrizione di astenersi dal frequentare U, che si trova tuttora a Genova, e che dai controlli di Polizia risulta segnalata anche in presenza della A nel L C in epoca successiva al provvedimento prescrittivo del X.X.2007.

Tale continuità di frequentazioni alimenta il gravissimo rischio che la madre biologica del bimbo possa, se riavuto, reiterare il suo proposito originario, esponendo il figlio a situazioni di pericolo concreto per la sua salute (così precaria e necessitante di continue cure) ma altresì per la sua incolumità attesi gli ambienti degradati e violenti, che la stessa A e la U sono solite frequentare.

E che la A si riproponga sempre nella sua inaffidabilità è evidente anche analizzando la recentissima attività lavorativa di Colf da lei asserita presso G, risultata un'attività di facciata, tesa a coprire ben altro tipo di vita, sempre connotato da frequentazioni con persone pluripregiudicate, non rispondente al riferito tentativo di riorganizzare la propria condizione in funzione delle esigenze del figlio.

In sostanza la A, nel lungo periodo di osservazione che questo Tribunale le ha concesso, ha continuamente dimostrato di basare il suo rapporto con la Giustizia sul mendacio, condotta che ne inficia una volta per tutte ogni credibilità.

Né può ritenersi che l'ultima vantata attività lavorativa presso la ditta di spedizioni, che guarda caso avrebbe assunto

la A pochi giorni prima della scadenza del termine di deposito delle memorie integrative (del 31/7/09), possa modificare la sua irrimediabile posizione.

Ritiene pertanto il collegio non utile ai fini del decidere la sua ulteriore convocazione, domandata dal suo difensore. Il diritto al rispetto del contraddittorio è stato d'altra parte ampiamente osservato nel caso in esame.

Invero, oltre che numerose volte sentita da questo Tribunale, la A ha avuto anche la possibilità di replicare con delle memorie (come ha fatto) agli accertamenti ulteriori espletati nel corso dell'istruttoria.

Deve osservarsi inoltre che la madre del minore non ha in alcun modo giustificato le sue frequentazioni inadeguate e le sue connivenze con la malavita. Né ha fornito spiegazione alcuna sulla sua reale situazione presso l'abitazione di G.

Ciò detto è di estrema evidenza come la condotta della A integri gli estremi dell'abbandono morale e materiale del figlio.

A questo riguardo la Corte di Cassazione ha costantemente affermato che in tema di abbandono di minore, il sacrificio dell'esigenza del bambino di crescita in seno alla famiglia biologica, deve esser limitata ai casi in cui la vita offertagli dai genitori sia talmente inadeguata da far ritenere che lo strumento idoneo ad evitargli un più grave pregiudizio sia quello di recidere il legame familiare. (V. Cassazione 10.9.1999 n. 9643)

Ravvisandosi la derogabilità del principio secondo cui il minore deve essere educato nell'ambito della propria famiglia soltanto nei casi in cui sussista una manifesta volontà di abbandono da parte dei genitori ovvero una carenza del minimo di cure materiali e di supporto psicologico che sono indispensabili per lo sviluppo della personalità del minore. Va dunque considerato abbandono non solo il rifiuto intenzionale ed irrevocabile dell'adempimento dei doveri genitoriali, ma anche una situazione di fatto obiettiva del minore che impedisca o ponga in pericolo il suo sviluppo psico-fisico, a cagione del non transitorio difetto dell'assistenza morale e materiale a tal fine necessaria.

Deve, inoltre, esser precisato che lo stato di abbandono non postula necessariamente un'esplicita e definitiva volontà dei genitori, evidentemente nel caso in cui questi siano noti e viventi, di non provvedere alle cure del figlio, né comunque una condotta colpevole degli stessi. (V. Cassazione 24/2 – 26/7 2000 n. 9802)

Nel caso che occupa la condotta della madre del bambino ha evidenziato in più di due anni di analisi e osservazione, nonché di tentativi di sostegno e indirizzo verso una corretta manifestazione del ruolo genitoriale da parte dei servizi sociali, la irreversibile inadeguatezza della A, non solo con riguardo all'atto originario di cessione del figlio, ma altresì con riguardo al proseguo della sua vita, che sarebbe dovuta esser improntata alle esigenze di crescita attenta ed equilibrata del bambino, in ambienti idonei che le sono stati offerti.

È evidente pertanto che nessuna affidabilità può riconoscersi alla madre del bimbo e che la riconsegna del figlio a questa lo esporrebbe ad ulteriori rischi di gravissimo pregiudizio non ultimo il pericolo che sia oggetto, egli sì, di tratta di esseri umani, attesa la storia personale del piccolo già delineata e le fortissime relazioni della madre con persone dedite allo sfruttamento della prostituzione e a gravi delitti nei confronti di minori.

Come è noto per tale crimine deve intendersi il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'acco-

glienza, attraverso la minaccia o il ricorso alla forza o ad altre forme di coercizione, attraverso il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di autorità o di una situazione di vulnerabilità, o attraverso l'offerta o l'accettazione di pagamenti o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che esercita un'autorità su di un'altra ai fini di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende, almeno, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, la schiavitù o le pratiche analoghe alla schiavitù, la servitù o il prelievo di organi.

Inoltre il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di un minore a fini di sfruttamento sono considerati tratta di persone anche se non vi è ricorso ad alcun mezzo enunciato al comma precedente dell'articolo (definizione internazionale della tratta adottata il 6 ottobre 2000 dal Comitato Speciale delle Nazioni Unite, incaricato dell'elaborazione del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione sulla criminalità transnazionale relativo alla tratta di esseri umani, in particolare vedasi l'art. 3; V. anche l'art. 601 del codice penale italiano).

Pertanto la cessione di un neonato a terzi costituisce un gravissimo atto di abbandono che non consente il riaffidamento del bimbo alla madre biologica che l'ha commesso, se non in presenza di un sicuro ravvedimento della stessa, provato da elementi di modifica del proprio agire immediati e duraturi nel tempo, comprovati da costante e ineccepibile adesione al progetto di recupero predisposto in suo aiuto dai servizi sociali, che fughi ogni dubbio sull'eventuale ulteriore cambiamento di opinione della madre.

Con riguardo poi alla domandata audizione della nonna paterna, non già del minore bensì della stessa A, che si troverebbe in R. e che l'avrebbe così egregiamente allevata (v. le dichiarazioni rese a questo T.M. dalla stessa A all'udienza del 10.12.2007) si osserva che solo al termine dell'istruttoria, per l'esattezza nella memoria conclusionale del marzo 2009, la difesa della madre ne ha fatto istanza.

Peraltro occorre osservare che nessuna domanda ha mai fatto pervenire a questo ufficio, direttamente o a mezzo di proprio difensore l'interessata (bisnonna). La quale non ha mai intrattenuto, per sua scelta di non recarsi in Italia, rapporti significativi con il piccolo C.

È evidente che, diversamente, qualora la bisnonna si fosse recata nel nostro paese e avesse consentito le indagini circa

il suo rapporto col bambino, dimostrando interesse reale ad intrattenere una valida relazione con questi, tale rapporto sarebbe stato esplorato da questo Tribunale.

Ma nel caso di specie, nessuna volontà in tal senso ha mai espresso nel corso dell'istruttoria tale parente del bimbo.

Inoltre la bisnonna del minore non ha comunque chiesto il suo affidamento bensì, sostiene la difesa della A, ella sarebbe disponibile a prestare il proprio appoggio per l'assistenza del piccolo C (v. memoria della difesa della A in data 20.3.09). Si arguisce pertanto da tale domanda che l'appoggio sarebbe piuttosto rivolto alla madre, che già in diverse occasioni aveva riferito a questo T.M. e al servizio sociale la sua intenzione di portare in R. il bimbo, così da eludere ogni ulteriore controllo da parte di questo Tribunale.

Ciò naturalmente sul presupposto che si ritenga la madre adeguata a prendersi cura del figlio, pur con l'aiuto della bisnonna. Valutazione ampiamente esclusa alla luce delle considerazioni su esposte.

In ogni caso la Corte di Cassazione, con un orientamento ormai costante, da questo collegio condiviso, ha delineato chiaramente la natura dell'obbligo di informazione circa la procedura di adottabilità e di audizione dei parenti entro il quarto grado da parte del Tribunale per i Minorenni, precisando che esso sussiste in presenza di una relazione significativa esistente con detti parenti, verificata o comunque esplorabile come rapporto sostitutivo della figura genitoriale inadeguata e non già quindi come semplice supporto esterno ad essa. (V. Cassazione 1999 n. 4568 e Cassazione 4/4/2008 n. 8714 Pres. Luccioli rel. San Giorgio).

P.Q.M.

Visti gli artt. 8 e 15 L. 1983/184

Visto il conforme parere del P.M.

Dichiara

lo stato di adottabilità del minore C, nato a X il X/X/2007.

Nomina tutore del predetto la persona del Curatore speciale del minore Avv. M.

Manda alla cancelleria per le comunicazioni al P.M., la notifica alla madre, al tutore, al curatore speciale, agli interessati, nonché per la comunicazione al Servizio Sociale del Comune di Genova. (...*Omissis*...)

Sezione di diritto amministrativo

Massime

T.A.R. Liguria, sez. I, 19 agosto 2009, n. 2104 – Pres. ed Est. Pupilella – F. F. (Avv. Damonte) c. Comune di Alasio (n.c.) e nei confronti di C. S.n.c. (n.c.).

ACCESSO ai documenti amministrativi – progetto edilizio – professionista – interesse – sussistenza.
(artt. 22, 24 della Legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.)

ACCESSO ai documenti amministrativi – interesse – pendenza di giudizio – indifferenza.
(artt. 22, 24 della Legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.)

Il professionista (architetto) incaricato inizialmente dal proprietario dell'immobile, oggetto della DILA, di redigere il progetto relativo alla costruzione oggetto di una denuncia di inizio attività presentata, ha un interesse qualificato ad ottenere copia della documentazione edilizia, in considerazione della circostanza rappresentata, secondo la quale il progetto utilizzato dalla proprietà con altro professionista sarebbe in realtà lo stesso progetto ideato dal ricorrente, che vuole pertanto tutelare il proprio interesse professionale.

La pendenza di un giudizio è indifferente nei confronti del diritto di accesso di chi sia titolare di una posizione differenziata e riconosciuta dall'ordinamento come legittimante il diritto alla visione ed alla estrazione dei documenti in possesso dell'ente pubblico (1).

(1) Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III quater, n. 7959/2008.

SAR.G.

T.A.R. Liguria, sez. I, 19 agosto 2009, n. 2105 – Pres. ed Est. Pupilella - C.A. (Avv. Prof. Granara) c. Comune di Ortonovo (n.c.).

ACCESSO ai documenti amministrativi - consigliere comunale - estensione – limiti.

(Art. 43, comma 2, del D.Lgs n. 267/2000)

Il consigliere comunale, in base all'art. 43, comma 2 del D.Lgs n. 267/2000, ha un diritto qualificato ad ottenere tutti i documenti in possesso dell'ente presso il quale esplica la sua funzione di consigliere comunale.

Unica naturale e logica riserva imposta dalla norma citata è costituita dalla necessità che gli atti richiesti siano utili all'espletamento del proprio mandato ed il richiedente assume, in relazione a tali atti, l'obbligo di mantenere il segreto sulle informazioni così assunte, nei casi specificamente indicati dalla legge.

M.C.

T.A.R. Liguria, sez. I, 18 settembre 2009, n. 2305 – Pres. ed Est. Bianchi – S.T. e L.M. (Avv. ti Garabello e Borriani) c. Comune di Lerici (n.c.).

EDILIZIA e urbanistica – abuso edilizio – modesto intervento di ampliamento – compatibilità – sussistenza.
(art. 28 della Legge n. 166/2002, artt. 3 e 5 della L.R. n. 5/2004, art. 49 P.T.C.P. regionale)

L'abuso edilizio consistente in un modesto intervento di ampliamento con cambio d'uso di un manufatto ricadente in zona cimiteriale è compatibile con i disposti sia dell'art. 28 della legge n. 166/2002 che dell'art. 49 del P.T.C.P. regionale. Pertanto l'Amministrazione avrebbe dovuto esaminare la richiesta di sanatoria

alla stregua dell'art. 3 della Legge Regionale n. 5/2004 o comunque del combinato disposto del predetto art. 3 e del successivo art. 5 della medesima legge regionale. [Nella fattispecie in esame l'abuso in questione si sostanzia in un mutamento di destinazione d'uso di un manufatto preesistente in zona cimiteriale e in un modesto ampliamento e quindi in un intervento assolutamente condizionabile ai sensi della citata normativa regionale].

M.C.

T.A.R. Liguria, sez. II, 28 agosto 2009, n. 2284 - Pres. Di Sciascio, Rel. Vitali - Soc. I. (Avv. ti Anselmi e Sommovigo) c. Comune di Chiavari (Avv. ti Raggi e Rusca).

GIURISDIZIONE ORDINARIA E AMMINISTRATIVA - servizi pubblici - convenzione - esecuzione - giurisdizione ordinaria – atti autoritativi.

A seguito della sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale, il principio secondo il quale appartengono alla cognizione del giudice ordinario le controversie sorte nella fase di esecuzione del contratto, ed in particolare quelle relative all'atto con cui, avvalendosi dei propri poteri negoziali, l'Amministrazione dispone unilateralmente e direttamente la risoluzione del rapporto contrattuale, vale anche quando la lite riguarda la materia dei pubblici servizi, se non vengono in contestazione atti autoritativi della pubblica amministrazione.

F.B.

T.A.R. Liguria, sez. II, 28 agosto 2009, n. 2287 – Pres. Di Sciascio – Est. Ponte – G.F. (Avv. Prof. Granara) c. Università degli Studi di Genova, Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (Avvocatura dello Stato) e nei confronti di P.C. (Avv. L. Cocchi).

GIURISDIZIONE amministrativa – concorsi pubblici – caratteristiche – sussistenza.

RESPONSABILITÀ della PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – interessi legittimi pretensivi - concorso pubblico – partecipante – annullamento concorso – risarcimento – esclusione.

In tema di impiego pubblico privatizzato, sono attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 63, comma 4, D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165, le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione di pubblici dipendenti, per tali intendendosi quelle caratterizzate da una prima fase di individuazione degli aspiranti forniti dei titoli generici di ammissione, nonché dalla successiva fase di svolgimento delle prove e di confronto delle capacità, mirata ad operare la selezione in modo obiettivo e dominata da una discrezionalità (non solo tecnica, ma anche) amministrativa nella valutazione dei candidati, a nulla rilevando che, per tale seconda fase, l'Amministrazione abbia ritenuto di adottare, quale criterio selettivo, prove diverse dalla tradizionali scritte ed orali, comparando curricula e svolgendo un generico colloquio che, pur singolari, non snaturano la natura concorsuale della procedura (1).

L'annullamento della intera procedura concorsuale e la presenza di una pluralità di candidati esclude la sussistenza del necessario requisito della probabilità sull'esito positivo della selezione se diversamente svolta, necessario in sede di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi pretensivi, quale è quello proposto dal candidato che

partecipa ad una selezione pubblica concorsuale (2).

(1) Cfr. Corte Cassazione Civile, sez. Unite, 6 marzo 2009, n. 5453.

(2) Cfr. T.A.R. Liguria, sez. II, 14 febbraio 2008, n. 249.

SAR.G.

TAR Liguria, sez. II, 21 ottobre 2009, n. 2897 – Pres. Di Sciascio – Est. Ponte – S.E.A. s.r.l. e altri (Avv. ti L. e P. Quinto) c. Comune di Genova (Avv. Pessagno) e nei confronti di Multiservice s.p.a. (Avv. Inglese).

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA – ricorso incidentale e ricorso principale – priorità di esame.

(art. 22, comma 1, L. n. 1034/1971)

SERVIZI PUBBLICI LOCALI – affidatari diretti di s.p.l. – ammissione alla prima gara indetta dall'ente affidante per l'aggiudicazione del medesimo servizio – legittimità ex art. 23 bis, comma 9 della legge n. 133/2008.

(art. 23 bis, comma 9, L. n. 133/2008 di conversione del d.l. n. 112/2008)

BANDO – previsioni a pena di esclusione – stretta osservanza – necessità.

(art. 55, D.Lgs. n. 163/2006)

CONTRATTI DELLA P.A. – requisiti di partecipazione a pena di esclusione – obbligo di presentare il contratto di avvalimento – legittimità.

(art. 49 comma 2, lett f, D.lgs. 163/2006)

CONTRATTI DELLA P.A. – avvalimento – disponibilità immediata dei requisiti dell'impresa ausiliaria – prova.

(art. 49 comma 2 lett f, d.lgs. 163/2006)

L'infondatezza nel merito delle doglianze dedotte in via principale dal soggetto ricorrente esime il giudice amministrativo dalla verifica delle censure dedotte dai controinteressati in via incidentale, pure aventi effetto paralizzante (1).

L'art. 23 bis, comma 9, della legge n. 133/2008 ammette la possibilità per gli affidatari diretti di s.p.l. di partecipare alla prima gara diretta all'affidamento del medesimo servizio: tale eccezione va intesa in termini letterali, senza interpretazioni estensive ovvero analogiche, e non si presta a letture diverse, tese ad escluderne l'operatività sulla scorta di elementi ulteriori che possono ben variare da caso a caso (altri servizi in corso o meno) e non sono in alcun modo presi in considerazione dalla norma stessa (2).

Qualora il bando di gara commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a dette prescrizioni, restando preclusa all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella lex specialis alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è auto-vincolata al momento del bando. Il principio del favor participationis non si applica nell'interpretazione di prescrizioni ragionevoli e univoche della lex specialis (3).

Non è irragionevole la prescrizione del bando di produrre in sede di gara il contratto di avvalimento, rispondendo essa ad esigenze analoghe a quelle individuate dall'art. 49 comma 2 lett f, d.lgs. 163/2006, di cui la lex specialis riproduce alla lettera il senso, che è quello di garantire la serietà dell'offerta ed il rispetto della par condicio (4).

Il concorrente che si avvale delle risorse dell'impresa ausiliaria deve averne una disponibilità immediata, deve cioè, a prescindere dalla forma contrattuale scelta, poterle usare per eseguire il contratto senza intermediazione dell'impresa ausiliaria stessa. È ragionevole che la stazione appaltante acquisisca contezza di tale disponibilità attraverso la produzione del contratto di avvalimento con l'ausiliaria, non

qualificabile come adempimento particolarmente gravoso (5).

Il testo integrale della sentenza è consultabile sul sito ufficiale della giustizia amministrativa: www.giustizia-amministrativa.it

(1) Cfr. T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 8 maggio 2007, n. 730, sez. I, 22 luglio 2005, n. 1081, e Consiglio Stato, sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 186.

(2) Cfr. T.A.R. Abruzzo L'Aquila, sez. I, 9 giugno 2008 n. 682.

(3) Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 27 febbraio 2009, n. 1144 e Consiglio Stato, sez. V, 23 gennaio 2007, n. 195.

(4) Consiglio Stato, sez. V, 10 febbraio 2009, n. 743.

(5) T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 13/10/2008 n. 575

T.A.R. Liguria, sez. II, 21 agosto 2009, n. 2121 – Pres. Est. Di Sciascio – A.V. (Avv. G. Villani) c. Università degli Studi di Genova (Avv. Stato).

NOTIFICAZIONI E COMUNICAZIONI – mezzo posta – analogia – effetti.

(Art. 8 L. 890/1982)

La notificazione a mezzo del servizio postale si perfeziona per il destinatario, anche se assente, con il ritiro del piego ovvero con il realizzarsi degli altri elementi, previsti per facilitarne la conoscenza, dall'art. 8 della L. n. 890/1982, ivi compreso il decorso del tempo nel caso della cosiddetta compiuta giacenza.

Se tale istituto vale nel campo, governato da rigide formalità, delle notificazioni, tanto più avrà valore in quello, più informale, delle comunicazioni.

F.B.

T.A.R. Liguria, sez. I, 15 luglio 2009, n. 1844 – Pres. Balba – Est. Caputo – B.R., R.B., L.R., Pirotecnica R., F. s.r.l. (Avv. ti Bilanci e Gerbi) c. Conferenza dei Servizi presso Comunità Montana Alta Val di Vara, Arpal, Comunità Montana Alta Val di Vara (Avv. ti . Gamalero e Zanobini), Comune di Maissana (Avv. Graziani), Provincia di La Spezia (Avv. ti Barbieri e Allegri), Soprintendenza per i Beni Architettonici e per il Paesaggio della Liguria (Avvocatura dello Stato) e Ministero per i Beni e le Attività Culturali (Avvocatura dello Stato).

PROCEDIMENTO amministrativo – conferenza di servizi – atto conclusivo – provvedimento dirigenziale – conseguenze.

(art. 14-ter della Legge 7 agosto 1990 n. 241 e s.m.)

EDILIZIA e URBANISTICA – piani regolatori comunali – destinazione agricola – stabilimento pirotecnico – incompatibilità.

Sulla scorta del testo novellato dell'art. 14-ter l. n. 241/90 operato dalla l. n. 15 del 2000, va individuato nel provvedimento adottato dal dirigente dell'amministrazione procedente, che recepisce la determinazione conclusiva della conferenza, l'atto effettivamente lesivo, che deve quindi essere oggetto d'impugnazione per contestare gli esiti della conferenza di servizi (1).

La zonizzazione agricola ordinariamente tiene conto degli interessi pubblici commessi alla pianificazione delle aree a vocazione agricola e dei corrispondenti usi economici (culturali, silvo-pastorali, boschivi ecc.) del territorio, fra i quali non è sussumibile, quella relativa alla produzione pirotecnica; pertanto la destinazione a zona agricola è ex se incompatibile con la realizzazione di uno stabilimento pirotecnico.

(1) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2008, n. 5620.

SAR.G.

Documenti

Le riforme della pubblica amministrazione: nuove norme e vecchie conoscenze

Giovanni Cofrancesco

*Professore ordinario di Diritto Amministrativo
e Diritto Urbanistico*

Facoltà di Giurisprudenza, Università di Genova

Sommario: 1. *Le riforme amministrative degli ultimi anni: in quale senso vanno le modifiche?* – 2. *Lo stravolgimento del concetto di competenza non più fondato sulla legge ma sul principio di sussidiarietà* – 3. *La legge: da fondamento a mero strumento di esercizio del potere amministrativo. Il diritto privato quale norma strumentale per il perseguimento di scopi istituzionali in “assenza di mercato”. Il clientelismo “consociativo” quale metodo di assunzione del personale: il fitto mistero del numero dei dipendenti pubblici.* – 4. *La degiuridicizzazione dei rapporti tra enti pubblici.* – 5. *La degiuridicizzazione della tutela dei soggetti privati: l’affermarsi di un diritto privato speciale e di un diritto amministrativo sui generis. L’interesse legittimo quale istituto funzionale ad uno sviluppo capitalista corporativo basato sulla rendita.* – 6. (continua): *il “mostro giuridico” dell’acquisizione coattiva sanante.* – 7. (continua): *il mantenimento dei poteri pubblicistici alle società privatizzate che gestiscono pubblici servizi. La riscossione coattiva unilaterale delle sanzioni amministrative quale fiscalità occulta.* – 8. (continua): *la riproposizione del principio solve et repete nella più recente legislazione.* – 9. *Il depotenziamento delle Authorities operato dagli organi di giustizia amministrativa e loro accentuata funzione “mediatrice”: fine della giurisdizione di legittimità?*

1. Le riforme amministrative degli ultimi anni: in quale senso vanno le modifiche?

Le modifiche sia di struttura che di funzionamento dell’Amministrazione pubblica italiana introdotte a partire dagli anni 90 del secolo scorso, sembrano da un lato avere comportato una vera e propria rivoluzione non solo negli aspetti organizzativi e in quelli gestionali dei soggetti che perseguono finalità di interesse generale e in senso lato “pubblico”, determinando sulle prime una vera e propria difficoltà anche di inquadramento concettuale della nuova situazione giuridica in cui si trovano ad operare i suddetti soggetti (lo stesso concetto di ente pubblico viene messo in discussione). Dall’altro lato però, una riflessione più approfondita e più pacata, aiutata dal tempo trascorso e dal consolidarsi delle linee portanti delle suddette riforme, indipendentemente dal mutare del colore politico e delle dichiarazioni ufficiali dei governi, portano ad affermare che si tratta di un rafforzamento di determinati aspetti già presenti nel nostro diritto. In particolare sembrano accentuati i momenti di discrezionalità amministrativa rispetto alla legalità (cioè della conformità a regole predefinite nell’agire delle diverse amministrazioni pubbliche) come pure quelli di *gestione concordata o contrattata* (a partire da più o meno ampi rapporti di forza) tra i diversi enti a discapito di una netta ripartizione di competenze, collegate tra loro in rapporti gerarchici o di controllo; sembrano infine essersi ridotti i margini per i soggetti privati cioè per i destinatari dell’azione amministrativa di condizionarla, essendo costoro in genere posti di fronte ad un secco “prendere o lasciare” sicché a sua volta l’unico rimedio è la via giudiziaria, limitata nella sua effettiva

incidenza sulle decisioni concrete dell’Amministrazione, in molti casi poste al riparo dalle pretese dei privati.

2. Lo stravolgimento del concetto di competenza non più fondato sulla legge ma sul principio di sussidiarietà.

Com’è noto una delle eredità del diritto amministrativo di fine ottocento, derivata dall’impostazione francese, consisteva in una rigida individuazione delle competenze, cioè delle potestà amministrative e della titolarità della gestione dei pubblici servizi, in capo a questo o a quell’ente pubblico, soprattutto in un’ottica centralista. L’originario testo del Titolo V Cost. aveva peraltro previsto un’ampia attribuzione di competenze alle Regioni e, in misura minore, a Province e Comuni, ma sempre con una distinzione tra le attribuzioni di questo o di quell’ente, distinzione basata ovviamente sulla legge. Al più si distingueva tra *funzioni proprie* di un ente (in particolare della Regione) e *funzioni delegate* da un altro ente competente (nel nostro caso dallo Stato): così era concepito il DPR n. 616 del 1977.

Con il coacervo di gride sinteticamente chiamate *leggi Bassanini* (a partire dalla prima: v. artt.1- 4 L.59 del 1997) il criterio salta con un’ulteriore attribuzione di competenze agli enti territoriali infrastatali; la legge individua un criterio tanto importante quanto indefinito, il *principio di sussidiarietà*: ciascun ente ha il compito e il potere di svolgere tutte quelle, ma solo quelle funzioni che sono consone al suo livello territoriale. Quali siano le funzioni che spettano ad esempio al Comune lo si deve quindi individuare in base ad un’analisi non facile e soprattutto variabile da caso a caso: vi sono *competenze attribuite con legge statale*; altre attribuite con *legge regionale*, altre *delegate* dalla Regione o dalla Provincia con *legge* o con *atto amministrativo*, infine vi sono naturalmente le *funzioni proprie* che, in assenza di norme specifiche, spettano al Comune in quanto il suo livello territoriale è il più adatto, sempre che nel caso concreto queste non coinvolgano un livello territoriale superiore, il che comporta lo spostamento automatico della competenza (1).

La costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà operata con la riforma del Titolo V Cost. del 2001 (v. art.118 nuovo testo) comporta la sua prevalenza sulle norme di legge attributive di competenza, per cui la legge statale o regionale che attribuisce o delega competenze ai Comuni (per restare all’esempio fatto) può essere incostituzionale nei singoli casi concreti se coinvolgono interessi pubblici a livello diverso rispetto a quello previsto dalla legge: ad esempio se l’atto da emanarsi da parte del Comune, competente in base a legge, nel caso di specie coinvolge interessi pubblici a livello regionale o statale, o viceversa se l’atto da emanarsi da parte della Regione ha rilevanza solo comunale. Con questo si tocca un secondo momento della trasformazione (2).

3. La legge: da fondamento a mero strumento di esercizio del potere amministrativo. Il diritto privato quale norma strumentale per il perseguimento di scopi istituzionali in “assenza di mercato”. Il clientelismo “consociativo” quale metodo di assunzione del personale: il fitto mistero del numero dei dipendenti pubblici.

Che la legalità, e in particolare quella dell’azione amministrativa, non sia mai stata in Italia particolarmente elevata non è una grande scoperta. Ad onta delle solenni affermazioni, in tema di principio di legalità dell’attività amministrativa (derivato dagli artt.28 e 97 Cost.), le leggi con termini vaghi, le norme che si so-

vrappongono, i precetti eccessivamente dettagliati hanno da sempre reso difficile che l'azione dell'Amministrazione si conformasse alla norma. Ora però il concetto muta. Abbiamo visto poco sopra che in sostanza l'attribuzione del potere amministrativo in base alla dimensione territoriale ottimale (o ritenuta tale) determina la competenza: lo stesso avviene, in relazione a quanto previsto dall'art.117 Cost. nuovo testo, come interpretato, con un notevole sforzo di razionalizzazione del sistema, da parte della Corte costituzionale con la sentenza n.303 del 2003, per quanto riguarda la legge statale o regionale applicabile. Ciò è evidente in tema di *opere pubbliche*: la competenza amministrativa dello Stato o della Regione non deriva dalla legge, ma la legge applicabile statale o regionale deriva dalla competenza amministrativa determinata in base alle dimensioni dell'opera da realizzarsi.

La tendenza va però oltre gli aspetti di pura competenza: *le norme di legge sempre più assumono un ruolo strumentale rispetto all'esercizio del potere amministrativo*, nel senso che cessano di rivestire quel ruolo di fondamento e di limite, che in maniera molto imperfetta e spesso evanescente a dire il vero, avevano però (almeno sulla carta) rivestito in passato. Le norme diventano infatti una specie di meccanismo finalizzato alla elaborazione formale e alla trasmissione ai destinatari della singola decisione dell'Amministrazione il cui contenuto è sempre più indipendente e sganciato dalla legge. Questo risulta in maniera abbastanza chiara se ad esempio si considera la disciplina, più volte modificata, che regola lo svolgimento dell'attività amministrativa (L. n.241 del 1990), nella quale raramente le norme hanno una portata per così dire "sostanziale", cioè hanno la capacità di fissare (sia pure in generale) dei limiti e dei criteri fondamentali atti a regolare l'esercizio del potere amministrativo; esse rappresentano appunto solo delle vie formali, che sovente presentano più alternative percorribili dall'Amministrazione competente (o dalle Amministrazioni competenti) per portare ad efficacia l'atto amministrativo. Si pensi all'istituto della *Conferenza di servizi*, nella quale l'ente pubblico procedente può in molti casi, se supportato dalla maggioranza degli enti intervenuti (ma in alcuni casi nemmeno tale maggioranza è richiesta) decidere non solo in assenza ma anche di fronte al dissenso di altre Amministrazioni competenti a rilasciare autorizzazioni o pareri in ordine allo stesso oggetto (artt.14 *ter* e 14 *quater* e segg. L.241 del 1990); si pensi ancora ai rapporti tra Amministrazioni ed interessati, nei quali, ad onta di una prefissata tempistica, le decisioni della prima possono (si vedano gli artt. 2, 2 *bis* e 10 *bis* L.241 del 1990) frustrare quasi all'infinito le pretese dei secondi, stante la possibilità di reiterare decisioni negative da un lato e la difficoltà di provare un comportamento colpevole dell'Amministrazione.

A proposito dell'indebolimento della legalità, non possiamo non accennare all'ampio fenomeno delle *privatizzazioni degli enti pubblici* che ha caratterizzato buona parte della legislazione e della politica economica degli anni 90 del secolo scorso. In effetti *la sostituzione del diritto amministrativo con il diritto privato quale regola di azione delle Amministrazioni pubbliche, formalmente trasformate in società civilistiche, se non accompagnata da una effettiva collocazione in un ambito privatistico di tali società, comporta la perdita delle regole giuridico - pubblicistiche senza la loro sostituzione con le regole economico - privatistiche legate alla collocazione sul mercato*. Tralasciando il fatto che l'imprenditoria italiana (ad eccezione forse di quella piccola e media che si confronta con la dura competizione internazionale), dal punto di vista economico, opera in un modo o nell'altro sotto l'ombrello protettivo pubblico, gli *ex* enti pubblici, sia a livello centrale (si pensi al settore postale, a quello ferroviario, alle forniture di gas ed elettricità), sia soprattutto a livello locale (si pensi alle sedicimila società costituite dai Comuni e dagli altri enti locali) hanno continuato a gestire in condizioni di monopolio o di oligopolio ristretto (ma non sono in contrasto con la normativa europea?) i servizi pubblici in relazione ai quali *il diritto*

privato assume in maniera molto evidente il carattere di norma strumentale al perseguimento dei propri scopi istituzionali, norma incapace di condizionare, in assenza di un "mercato" (spesso nemmeno prospettabile a livello di servizi pubblici) l'agire dei soggetti formalmente privatizzati. Contrariamente alle letture correnti si ritiene che le "isole privatizzate" di segmenti pubblici in un mare dominato da strutture più o meno parassitarie di "nullafacenti" e "fannulloni" per dirla con Pietro Ichino e Renato Brunetta creino, a loro volta situazioni di "rendita" conformemente del resto a tutta la nostra storia economica basata sullo sviluppo di mercati protetti. È la politica cd. del *doppio binario*: accanto alla linea ferroviaria tradizionale inefficiente e in perdita (il trasporto regionale per i "pendolari" tanto per intenderci) si affianca la linea ad Alta Velocità affidata ai concessionari "soliti noti" la quale crea utili nella più generale situazione di rendita e di contrazione delle risorse.

Infine, accenniamo solo alla privatizzazione generalizzata del rapporto di lavoro nel pubblico impiego, che se da un lato ha consentito ai lavoratori di utilizzare le procedure previste dal processo del lavoro (artt.409 e seg. cod. proc. civ.), ha dall'altro lato anche qui fortemente indebolito le regole per la gestione delle assunzioni e dello sviluppo delle carriere, il che, in assenza di una mentalità meritocratica (che il diritto non ha il potere di creare), ha determinato un aumento dell'arbitrarietà, con tutti i suoi aspetti determinanti, nella gestione del personale da parte degli enti pubblici, nonché ovviamente delle società formalmente privatizzate (3).

Sia chiaro: il "clientelismo" è stato dominante anche nella prima Repubblica nella P.A.. Così il fenomeno del "preariato" ha di norma preceduto le leggi di "sanatoria" [i pubblici concorsi sono sempre stati, in violazione della Costituzione (art. 97 3° comma), eccezioni rispetto alla regola "sostanziale": avventiziato e dopo qualche decennio - o ventennio - immissione in ruolo tramite legge o concorsi farsa riservati]. Ma va pure detto che in un sistema come quello italiano di capitalismo corporativo a diritti individuali degradabili (o, in senso atecnico a interessi legittimi) per gli "uomini senza qualità" l'*ope legis* ha rappresentato anche un momento garantistico sia pure in una logica "consociativa" e di ammortizzatore sociale. Con le società a controllo pubblico, però, è venuto meno anche il "fastidio" dei pubblici concorsi o delle procedure per vanificarli. Il numero dei dipendenti degli enti tradizionali o delle società controllate è uno dei più fitti misteri della prima come della seconda repubblica. Una cosa è certa: non si è per nulla scalfita la dimensione quantitativa che è in costante crescita senza considerare (4) i dipendenti delle "nuove" società controllate. Eppure esiste l'istituto del *dissesto finanziario* per il quale superata una certa soglia di bilancio per le spese del personale l'ente dovrebbe essere sciolto. Ma si contano o non si contano i dipendenti delle società controllate?

L'istituto in esame non ha mai veramente funzionato, con l'eccezione del comune di Napoli ("la più grande industria del Meridione" secondo la definizione del governatore della Banca d'Italia Guido Carli), ed è ormai in desuetudine.

Il fatto è che più grave è la situazione di crisi economica più aumenta il ruolo autoritativo e redistributivo dei pubblici poteri (almeno nella esperienza italiana, non in quella spagnola ma la disoccupazione è alle stelle). L'alto numero dei dipendenti "garantiti" a livello minimale o peggio con l'infinita gamma di qualifiche precarie è l'effetto non la causa del pessimo funzionamento della P.A.

Con tutto il rispetto *bipartisan* per i citati studiosi giuslavoristi, in una condizione di monopolio pubblico, i coefficienti di produttività legati a premi di rendimento ricordano tanto la misurazione cartacea dello scomparso sistema sovietico (errore non compiuto dal capitalismo senza diritti individuali tipico della Cina che produce per il mercato mondiale cui affida il valore delle merci prodotte).

Che poi i dirigenti non controllino nulla o quasi dipende dal loro

fondamentale ruolo politico-sindacale in cui l'efficienza viene giudicata dal consenso dei sottoposti più che dai risultati specie se l'ente pubblico è dotato di un qualche indirizzo politico. Negli anni 60, pur con sprechi e inefficienze, la P.A., con un terzo dell'attuale personale, funzionava decisamente meglio: erano gli anni del *boom* sostenuto da bassi salari, costo minimo delle fonti energetiche e soprattutto da una forte domanda estera (5). Va detto infine che il fenomeno dei nullafacenti è presente anche nella grande industria in "segmenti" integralmente assistiti dal denaro pubblico: si pensi alle localizzazioni industriali della Fiat nel Mezzogiorno dove, in un mercato ormai saturo, e non più produttivo di "indotto", il tasso di assenteismo dal lavoro ha raggiunto e superato record...da pubblico impiego.

4. La degiuridicizzazione dei rapporti tra enti pubblici.

La caduta della legalità, ha provocato, in un ordinamento come quello italiano nel quale i diritti e i poteri dei singoli soggetti discendono dalla legge, un corrispondente indebolimento delle posizioni giuridiche dei singoli soggetti. Ciò sia a livello di enti pubblici, per quanto riguarda l'esercizio dei relativi poteri, sia soprattutto a livello dei soggetti privati destinatari dell'azione amministrativa, per quanto concerne la tutela delle loro pretese nei confronti delle Amministrazioni (tra le quali comprendiamo ovviamente le società privatizzate formalmente). In questo senso possiamo innanzi tutto parlare di una tendenza alla "degiuridicizzazione" dei rapporti nell'ambito amministrativo, nel senso che una sempre più ampia serie di rapporti o di aspetti di rapporti che vengono sottratti alla prospettiva di una piena e definita tutela giuridica, per essere spinti nell'ambito della politica, dell'autonomia privata, della presunta efficienza economica, con i rischi che gli stessi finiscano per cadere in situazioni patologiche di clientelismo o di mediazione politica non trasparente.

Nei rapporti tra enti pubblici: posto infatti quanto detto a proposito della confusione e della sovrapposizione delle competenze, e del ruolo strumentale delle regole procedimentali, è andato in crisi il vecchio modello nel quale i rapporti tra i diversi enti erano regolati da pochi principi, che definivano le reciproche posizioni. Non che il sistema precedente fosse com'è noto un modello di trasparenza dell'azione amministrativa, ma esistevano pur sempre da un lato una griglia concettuale che definiva i reciproci rapporti di sovraordinazione più o meno intensi di un ente rispetto ad un altro (ad esempio la posizione di gerarchia, di direzione, di coordinamento, i poteri di controllo ecc.), dall'altro un insieme di regole che stabilivano i principi fondamentali nei rapporti tra enti. Si pensi ad esempio al ruolo del CO.RE.CO., previsto dall'art.130 Cost. vecchio testo, come organo di controllo sugli atti degli enti locali il quale, seppure lottizzato tra i partiti, assicurava un minimo di legalità. Attualmente, saltati tutti i rapporti di sovraordinazione in nome dell'autonomia degli enti locali basata sul principio di sussidiarietà, e in nome dell'autonomia civilistica per le società privatizzate, rimangono come unico collante giuridico *farraginose e spesso difficilmente percorribili procedure per risolvere i contrasti tra enti locali (Comuni o Regione) ed ente di livello superiore (lo Stato)*, ad esempio nella localizzazione di opere pubbliche o nelle procedure di valutazione di impatto ambientale. Altrettanto impraticabili, in assenza di una vera e propria concorrenza, sono ovviamente le vie offerte dal diritto privato, che si presentano a volte nel caso di contrasto sulla gestione dei servizi pubblici, tra enti pubblici (ad esempio enti locali e società privatizzate che gestiscono il servizio stesso in forza di "contratti di servizio" di carattere civilistico. Ne deriva che il contrasto, una volta sarebbe stato risolto attraverso la griglia concettuale dei rapporti di sovra ordinazione e le regole cui si è accennato (magari aggirando gli uni e le altre, ma pur sempre confrontandosi con essi), ora viene confinato negli ambiti non giuridici con tutti i relativi rischi (pressioni di piazza, comune o differente colore politico, interessi economici ecc.).

5. La degiuridicizzazione della tutela dei soggetti privati: l'affermarsi di un diritto privato speciale e di un diritto amministrativo sui generis. L'interesse legittimo quale istituto funzionale ad uno sviluppo capitalista corporativo basato sulla rendita.

Ancora più evidente e carica di conseguenze è la degiuridicizzazione dei rapporti tra Amministrazioni (enti pubblici e società privatizzate) e privati destinatari della loro attività. Come si sa anche il modello classico, costruito in cent'anni, dall'unificazione al primo dopoguerra (a partire dalla L. n.2248 all. E del 1865 (6) e sulla successiva istituzione dei giudici amministrativi) non presentava eccessive tutele per gli amministrati, basata com'era su un numero ridotto di posizioni spettanti a questi ultimi qualificate come diritti in senso pieno, e sulla previsione in generale di una situazione definita *interesse legittimo* (costituzionalizzata dagli artt. 24 e 113 Cost.) quando quegli stessi diritti venivano degradati o soppressi, che si sostanzia in poche parole nella pretesa che l'Amministrazione agisse nel rispetto delle competenze e delle procedure (in caso contrario l'atto sarebbe stato viziato per *incompetenza o per violazione di legge*) e che non adottasse provvedimenti palesemente ingiustificati (altrimenti si configura il vizio di *eccesso di potere*). Il primo colpo inferto a questa già non eccessiva tutela consiste nell'utilizzo del diritto privato da parte delle società *ex* pubbliche: di fronte ad un atto privato, rispettoso delle regole civilistiche, che non incidono sul suo contenuto, risulta ora quasi impossibile per gli interessati fare valere le proprie ragioni, e ciò vale soprattutto in tema di organizzazione e di gestione dei servizi pubblici. Di fronte agli atti autoritativi che incidono negativamente sulla sfera del privato, (rifiuto di autorizzazioni, provvedimenti sanzionatori ecc.) l'altro grande colpo alla tutela giuridica lo ha sferrato l'art.21 *octies* L. n.241 del 1990, inserito dalla L. n.15 del 2005, che ha di fatto inibito la facoltà per l'interessato di ricorrere contro gli atti adottati in violazione delle procedure (cioè affetti dal vizio di "violazione di legge") se il loro rispetto non avrebbe comportato un diverso contenuto del provvedimento: come si può comprendere, un buona parte della tutela, sia pure formale, del sistema precedente viene abolita (7). A ciò si aggiunge che la residua tutela riferita soprattutto al vizio di "eccesso di potere" spesso non riesce a giungere a risultati effettivi e soddisfacenti per le pretese degli interessati, in quanto da un lato il giudice amministrativo competente in materia (il TAR) pur annullando il provvedimento non può sostituirsi all'Amministrazione emanandone uno di contenuto diverso in quanto andrebbe ad incidere sulle prerogative dell'Amministrazione (in omaggio ad una "singolare" concezione della separazione dei poteri), e dall'altro lato il risarcimento dei danni subiti dal privato a causa dell'atto illegittimo, pur ammessa dall'art.7 L. n.1034 del 1971, modificato dalla L. n. 205 del 2000 in relazione ad un orientamento giurisprudenziale, che ha le sue origini nella normativa comunitaria, si rivela difficile da ottenere, dovendosi fornire la prova "diabolica" del comportamento colpevole dell'Amministrazione, non essendo sufficiente a tal fine la mera illegittimità del provvedimento (8). Quindi possiamo concludere dicendo che la tutela giuridica nei confronti degli atti delle Amministrazioni tende sempre più ad indebolirsi con riferimento sia alla possibilità di condizionare il provvedimento eventualmente lesivo delle posizioni del privato riguardo al suo contenuto o alla sua emanazione sia con riferimento alla possibilità di ottenere il risarcimento dei danni. La rilevanza di questa situazione è peraltro accentuata dalla considerazione che alle società privatizzate, nei fatti non soggette a fallimento poiché gestiscono un servizio pubblico, sono stati conservati alcuni importanti poteri pubblicistici come subito vedremo. Si può quindi parlare di un *diritto privato speciale* (o di un *diritto amministrativo sui generis*). Di sicuro, al contrario, falliscono quei privati imprenditori che occupavano mercati di nicchia formati da fasce di utenza medio alte le quali preferivano non servirsi delle prestazioni offerte dall'ente locale.

Anche nei rapporti tra Amministrazione (enti pubblici e società privatizzate) si verifica quindi una accentuata degiuridicizzazione, che induce spesso il privato, la cui principale tutela a livello giudiziario rimane la possibilità, che non sempre porta ad esiti favorevoli, di richiedere la sospensione in via cautelare dell'efficacia del provvedimento lesivo, a sottostare a provvedimenti pur ritenuti illegittimi, specie quando si tratta di microvessazioni: si pensi ad esempio alle contravvenzioni per violazioni al codice della strada, o ai mille divieti e divietini recentemente previsti da molte ordinanze di sindaci, emanate in base ai poteri loro concessi dall'art. 54 del D.Lg. n. 267 del 2000, come modificato dalla L. n. 125 del 2008. Quando invece l'interesse in gioco morale e/o materiale è rilevante, il soggetto privato è necessariamente indotto a tentare altre vie, talora lecite, ad esempio inserendosi nel procedimento partecipativo di emanazione dell'atto, o rappresentando i propri interessi al gestore privatizzato del pubblico servizio, non di rado illecite. Non che prima delle riforme queste cose non esistessero, ma certo l'azione delle Amministrazioni era costretta a muoversi in una griglia di regole a maglie più strette e quindi la sua discrezionalità era certamente minore e di conseguenza maggiore era la tutela spettante ai soggetti privanti destinatari della sua attività.

6. (continua): il "mostro giuridico" dell'acquisizione coattiva sanante.

Assai curiosa è l'evoluzione dell'occupazione acquisitiva, figura di conio giurisprudenziale, attraverso cui la P.A. acquista a titolo originario la proprietà di un fondo, che ha illegittimamente occupato, per realizzare un'opera di pubblica utilità.

La nota sentenza della Corte di Cassazione (n. 1464/1983) sosteneva che dalla realizzazione dell'opera pubblica sul suolo privato conseguiva un nuovo bene pubblico: da tale situazione derivava il diritto della P.A. di acquistarne la proprietà (!). Una puntualizzazione ancora più precisa dell'istituto è dovuta alla successiva pronuncia delle Sezioni Unite (29 agosto 1998, n. 8597) in cui si è affermato che "Nelle ipotesi in cui la pubblica amministrazione occupi un fondo di proprietà privata per la costruzione di un'opera pubblica e tale occupazione sia illegittima, per totale mancanza di provvedimento autorizzatorio o per decorso dei termini in relazione ai quali l'occupazione si configura legittima, la radicale trasformazione del fondo, con l'irreversibile sua destinazione al fine della costruzione dell'opera pubblica, comporta l'estinzione del diritto di proprietà del privato e la contestuale acquisizione a titolo originario della proprietà in capo all'ente costruttore...". La figura dell'occupazione appropriativa è stata poi oggetto di verifica da parte della Corte Europea dei diritti dell'uomo, la quale ha espresso forti dubbi di conformità rispetto all'articolo 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che tutela la proprietà privata esigendo che una ingerenza dell'autorità pubblica nel godimento del diritto di proprietà sia conforme alla legge.

Da ciò origina quel mostro giuridico che risponde al nome di *acquisizione coattiva sanante* (cfr. art. 43 del D.P.R. n. 327/2001). In altre parole il nostro legislatore ha ritenuto di superare le censure mosse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo attribuendo all'Amministrazione il potere di emanare un atto di acquisizione dell'area al suo patrimonio indisponibile in base ad una valutazione discrezionale, sindacabile in sede giurisdizionale. Tale provvedimento deve essere emanato <<valutati gli interessi in conflitto>>, può avere solo effetti *ex nunc*, assorbe sia la dichiarazione di pubblica utilità che il decreto di esproprio ed ha carattere eccezionale. In tal modo, l'irreversibile trasformazione di fatto di un suolo privato non è più titolo di acquisto di un diritto, ma lo diventa un atto amministrativo o giurisdizionale, rompendo il binomio illecito-acquisto. Tuttavia, come rilevato dalla Corte europea, l'acquisizione coattiva sanante comporta comunque un feroce *vulnus* al principio di legalità posto che il provvedimento è successivo alla trasformazione del

bene e, quindi, finisce per stabilizzare un illecito vantaggio realizzato dall'Amministrazione.

Di diverso avviso si è mostrata invece la giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato che, con l'Adunanza Plenaria n. 2/2005, pur disapprovando l'occupazione appropriativa ed usurpativa, ha, invece, ammesso l'acquisizione coattiva sanante ritenuta rispettosa del principio di legalità (*sic!*) e di preminenza del diritto posto che l'acquisto del bene avviene in virtù di un provvedimento previsto dalla legge. Evidentemente *il n'y a pas des juges a Rome*: l'istituto opera anche in assenza di un formale atto di esproprio (art. 43 D.P.R. n. 327 del 2001 (9)).

7. (continua): il mantenimento dei poteri pubblicistici alle società privatizzate che gestiscono pubblici servizi. La riscossione coattiva unilaterale delle sanzioni amministrative quale fiscalità occulta.

Una delle più vistose distorsioni del sistema è costituita proprio dalle modalità di riscossione delle sanzioni amministrative (così come di tutti i tributi) e dai conseguenti poteri esecutori (la stessa esecutorietà della p.a.) attribuiti ai concessionari. (10) Le somme che risultano dovute vengono iscritte a ruolo; il ruolo viene quindi trasmesso ai concessionari della riscossione che provvedono alle successive procedure (preparazione e invio delle cartelle, riscossione delle somme e loro trasferimento all'erario, avvio dell'esecuzione forzata in caso di mancato pagamento).

Una volta notificata la cartella di pagamento, se il contribuente non ha provveduto a pagare le somme iscritte entro il termine di sessanta giorni, il concessionario può, naturalmente a sua discrezione, o applicare misure cautelative (es. il fermo amministrativo di beni mobili registrati *ex art. 86, del D.P.R. n. 602/1973*), ovvero dare direttamente avvio all'esecuzione forzata e cioè al pignoramento dei beni, con la possibilità di sottrarre al contribuente la disponibilità materiale e giuridica degli stessi, come previsto dall'art. 49, del D.P.R. n. 602/1973. Emblematica, in tal senso, la procedura di vendita all'incanto degli immobili da parte del concessionario che proprio in questi anni sta colpendo i disarmati cittadini con una frequenza preoccupante e, magari, per debiti irrisori. In ultima analisi che il concessionario (s.p.a. nate per scissione dallo stesso ente locale ovvero imprenditore privato comune (?) baciato dalla fortuna), debba godere non solo di un mercato protetto ma addirittura degli stessi privilegi della pubblica amministrazione è davvero il colmo. Il rischio è inesistente e, malgrado questo si riesce ad essere pure in perdita; si dirà meglio degli impiegati del comune che, per negligenza, provocavano miliardi di danni all'erario ad es. per contravvenzioni non riscosse per intervenuta prescrizione. (11)

8. (continua): la riproposizione del principio *solve et repete* nella più recente legislazione.

Anche la Corte Costituzionale, forse più preoccupata della finanza pubblica che dei diritti individuali, si è ben guardata dal censurare siffatti privilegi e laddove lo ha fatto essi sono "risorti" più forti di prima.

Ci si riferisce in particolare all'istituto del *solve et repete*, secondo il quale il cittadino prima di iniziare l'azione giudiziaria doveva dimostrare di aver assolto il tributo (*solve*) e, solo in un secondo momento poteva chiederne la restituzione (*repete*).

Più nello specifico, il primo intervento della Corte Costituzionale di "condanna" dell'istituto del *solve et repete* risale addirittura al 1961, con la sentenza n. 21, a mente della quale il principio del *solve et repete* "è in contrasto con la norma contenuta nell'art. 3, perché è evidente la differenza di trattamento che ne consegue fra il contribuente, che sia in grado di pagare immediatamente l'intero tributo, ed il contribuente che non abbia mezzi sufficienti per fare il pagamento, né possa procurarseli agevolmente ricorrendo al credito, fra l'altro perché, anche in caso di vittoria in giudizio, non ot-

terrebbe il rimborso delle somme versate se non in ritardo...La Corte è pertanto dell'avviso che l'istituto del *solve et repete* sia in contrasto con le norme della Costituzione e che debba essere dichiarata illegittima la disposizione che lo prevede".

Analogamente, la pronuncia n. 114/2004, con la quale la Consulta è tornata a pronunciarsi sul principio del *solve et repete* dichiarando costituzionalmente illegittimo per contrasto con l'art. 24 Cost. l'art. 204-bis del D.lgs. n. 285/1992, nella parte in cui impone, all'atto del deposito del ricorso avverso una sanzione per violazione del codice della strada, di versare presso la cancelleria del giudice di pace, a pena di inammissibilità del ricorso, una somma pari alla metà del massimo edittale della sanzione inflitta dall'organo accertatore.

Nonostante tali, autorevoli prese di posizione, il principio del *solve et repete*, pur soppresso, è risorto in materia di tributi locali.

Difatti, anche volendo prescindere dalla rilevante circostanza secondo cui la proposizione del ricorso introduttivo non sospende la riscossione, il dettato dell'articolo 12 del D.lgs. n. 504/1992 dispone espressamente che: "Le somme liquidate dal Comune per imposta, sanzioni ed interessi, se non versate con le modalità indicate al comma 3 dell'articolo 10, entro il termine di novanta giorni dalla notificazione dell'avviso di liquidazione o dell'avviso di accertamento, sono riscosse coattivamente mediante ruolo".

E last but not least un vero capolavoro: l'art. 48 bis del D.L. 3 ottobre 2006 n. 262 convertito con L. 24/11/2006 n. 286 – "1. Le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e le società a prevalente partecipazione pubblica, prima di effettuare, a qualunque titolo, il pagamento di un importo superiore a diecimila euro, verificano, anche in via telematica, se il beneficiario è inadempiente all'obbligo di versamento derivante dalla notifica di una o più cartelle di pagamento per un ammontare complessivo pari almeno a tale importo e, in caso affermativo, non procedono al pagamento e segnalano la circostanza all'agente della riscossione competente per territorio, ai fini dell'esercizio dell'attività di riscossione delle somme iscritte a ruolo".

Nessun commento

9. Il depotenziamento delle *Authorities* operato dagli organi di giustizia amministrativa e loro accentuata funzione "mediatrice": fine della giurisdizione di legittimità?

In ultima analisi l'unico momento di controllo è rappresentato dagli organi di giustizia amministrativa. Ma l'aver indebolito, come visto, il principio di legalità ne esalta il ruolo di mediazione: un provvedimento anche se in spregio alle più elementari regole procedurali (si è ricordato l'istituto dell'occupazione acquisitiva) non di meno può essere sempre salvato facendo prevalere gli elementi di "sostanza". Così a fronte dell'ordine di cessazione di un'attività imprenditoriale del privato con palesi violazioni di norme procedurali e ad una richiesta di sospensiva del provvedimento per il *periculum in mora* e per il *fumus boni iuris* il giudice amministrativo potrà negarla con l'*escamotage* della sentenza breve (certo ricorribile ma con oneri economici insostenibili) andando subito a decidere nel merito (art. 9 legge 205/2000). Forse esagerando qualche studioso ha parlato della *fine della giurisdizione di legittimità* ristretta al solo vizio di eccesso di potere difficile se non di impossibile dimostrazione in presenza di una discrezionalità amministrativa che individua l'interesse pubblico prevalente. Le risorse mediatricie del giudice amministrativo sono quindi aumentate; di fronte a due parti in posizione forte si potranno ancora prospettare vizi procedurali ma solo per prendere tempo: si pensi alle sentenze di annullamento delle gare per vizi formali, durate più di un decennio, del TAR Veneto per decidere quale imprenditore dovesse vincere la gara per la ricostruzione della Fenice, teatro costruito nel '700 in meno di un anno e mezzo. Così la giustizia amministrativa appare sempre più contrattata ed anche qui l'ottenere giustizia di uomini e donne senza qualità è pura chimera. Un cenno sulle *Authorities* indipendenti (molto si è discusso sulla na-

tura giuridica) le quali nate per disciplinare la libera concorrenza degli operatori nel mercato e la tutela dei consumatori sono state depotenziate dagli organi giurisdizionali amministrativi: le loro decisioni sono, infatti, amministrative e non giustiziali. La qualcosa consente al Tribunale del Lazio di essere il vero arbitro del rapporto tra Amministrazione e cittadino (e perfino di influenzare il campionato di calcio (12)). Il paradosso è che ai vertici delle *Authorities* indipendenti vi sono altissimi esponenti della magistratura amministrativa (per tutti all'*Antitrust* Antonio Catricalà e per le garanzie nelle comunicazioni Corrado Calabrò) costretti ad "ingoiare" le sentenze demolitorie degli ex colleghi. Il tentativo di limitare l'impugnativa delle decisioni amministrative delle *Authorities* al solo Consiglio di Stato è sinora stato vano.

La mediazione va esercitata ad ogni livello: centrale non meno che locale. Ulteriore effetto perverso del principio di sussidiarietà applicato alla giustizia (13).

La nostra amministrazione accentua così i caratteri della *mediazione* piuttosto che quelli del servizio omogeneamente distribuito su tutto il territorio: le opere pubbliche, i servizi, disseminati caoticamente, senza un minimo di programmazione su pressioni clientelari (università in sperduti paesi, province che proliferano invece di essere soppresse, tribunali, soprattutto ospedali ecc.) sono difesi in modo *bipartisan* da tutte le forze politiche pena la rivolta sociale. Ma, come dichiarò a suo tempo il ministro Bassanini si è "rivoltata la P.A. come un calzino" abbandonando l'accentratrice ottica francese (?) per la più snella e flessibile amministrazione americana in un sapiente *mix* tra pubblico e privato (*sic!*).

Se le considerazioni svolte sono corrette il federalismo fiscale non nasce sotto buoni auspici.

Curiosa sorte l'espressione "rivoltare la P.A. come un calzino" che non sembra portar fortuna a chi la usa.

In conclusione il rischio reale è che la *devolution* in atto perpetui con nuove norme quelle che, per vero, sono vecchie conoscenze: autonomia, federalismo, sussidiarietà potrebbero infatti sostanziare formidabili conflitti di interesse tra pubblico e privato, tra centro e periferia, tra i diversi poteri dello Stato. *Rectius*: la separazione dei poteri, acquista senso solo con le diverse logiche del pubblico (legalità, buon andamento, imparzialità) e del privato (libertà di accesso al mercato del maggior numero di operatori, economicità).

Almeno se vogliamo restare uno Stato di diritto, seppure a diritto amministrativo.

Note:

(1) Sulla complessa tematica vedi C. Mignone (a cura di), *Profili della leale collaborazione nell'ottica del diritto amministrativo*, Genova, ECIG, 2008

(2) Come correttamente afferma il liberista C. Stagnaro, (Secolo XIX, 28 settembre 2009) "per sussidiarietà si intende un modello di organizzazione sociale in cui le funzioni vengono attribuite a livello istituzionale più basso possibile. C'è dunque una *sussidiarietà orizzontale*, in virtù della quale lo stato fa solo quello che il mercato non è in grado di fare e c'è una *sussidiarietà verticale*, secondo cui le varie competenze devono essere assegnate il più vicino possibile a chi ne fruisce: quindi, prima viene l'ente locale e poi a salire si arriva allo Stato centrale. In breve, porre il problema della sussidiarietà equivale a interrogarsi da un lato sul rapporto tra Stato e mercato, dall'altro su quello tra centralizzazione e decentramento... *omissis*... quale ruolo resta allora per lo Stato? La risposta classica è che lo Stato deve "fare le regole" per consentire al mercato di funzionare propriamente e impedire la creazione di rendite". Dal punto di vista dei principi non si può che essere d'accordo; ricordiamo però che una delle principali funzioni dello Stato è quella di garantire l'ordine pubblico il cui costo, assolutamente necessario perché gli operatori privati e pubblici possano gareggiare correttamente, è divenuto in tutti i paesi abnorme. L'ideologia dello Stato leggero propria dei neo liberisti è al momento impraticabile tenuto conto di terrorismi, mafie e delinquenze varie che dilagano in tutto il mondo. Ricordiamo soltanto cosa disse Montesquieu a proposito della libertà intesa come "l'opinione che ciascun cittadino ha della propria sicurezza".

(3) Le società controllate costituiscono infatti un pericoloso fenomeno economico che può sfuggire alla “rendicontazione municipale” creando *disavanzi occulti* a livello locale e centrale. Per la qual cosa non si è d'accordo con Enrico Musso

(Secolo XIX 28 settembre 2009), secondo cui “la proliferazione di società ha almeno fatto luce sui principali centri di costo” ferma restando la condivisione su tutti gli altri contenuti dell'articolo. V'è inoltre da dire che i sindacati attraverso le controllate e i loro consigli tendono a demandare e delegittimare le loro primarie responsabilità provenienti dal voto popolare. Ma l'aspetto più grave è che gli operatori economici di buona qualità (stranieri in particolare) abbandonano i mercati privi di regole. Senza considerare il fatto che laddove non sia possibile liberalizzare il mercato (privatizzare ad esempio le ferrovie) forse è giusto ma non funziona (l'espressione è di B. Emmott in Corriere della Sera 8 settembre 2007); paradossalmente in Italia si è cominciato a privatizzare proprio dalle ferrovie. La logica efficientistica per cui il servizio pubblico deve rendere è quanto mai opinabile non solo laddove i mercati sono monopolisti o oligopolisti, ma anche in quei settori in cui la società civile è dominata da mafie e camorre anche a livello imprenditoriale. Quanto rimpiangiamo il servizio rifiuti (c.d. *in economia*) “porta a porta” del netturbino dipendente comunale di una volta: il servizio sicuramente era in perdita ma oggi potrebbe realizzare la raccolta dei rifiuti differenziata. Infine va osservato che nell'economia nazionale le controllate creano disarticolazione nei diversi mercati dove il governo centrale non è più in grado di svolgere un'azione di programmazione nei settori più delicati dell'industria e strategici per il paese. C'è forse da rimpiangere anche l'IRI a livello nazionale riproposto in una logica perversa nell'ente locale? Cfr. F. Giavazzi, *La rendita dei comuni*, in Corriere della Sera, 1° settembre 2008 che tuttavia ritiene rispettata la concorrenza perfetta tramite “gare” approvate dall'*Antitrust* e gestite dai comuni (*sic!*).

(4) A dir poco “comica” è la situazione del pubblico impiego ormai quasi del tutto privatizzato con una forzatura anche a livello lessicale che obbliga alla figura retorica dell'ossimoro. Per quanto riguarda l'alta dirigenza selezionata in base a *curriculum* e stabilizzata (per il principio di imparzialità) in qualche modo dalla sentenza della Corte costituzionale n. 103 del 2007 sullo *spoil system* (su cui le ironiche riflessioni di P. Ostellino, *I partiti al gran ballo delle nomine* in Corriere della Sera 5 aprile 2008; id *Lo Stato canaglia*, Milano, Rizzoli, 2009) l'inquadramento in essa spesso rappresenta il contentino a favore del dirigente “zelante” negli ultimi anni di carriera per rimpinguare la liquidazione.

Nel delicato settore della scuola primaria e secondaria è da ritenere che circa 2/3 del personale (si parla di milioni di unità) sia entrato nei ruoli senza concorso. Nel lontano '78 vennero inseriti duecentottantamila abilitati nei ruoli della scuola: l'abilitazione fu una vera barzelletta. I docenti dei corsi abilitanti nominati dal Ministero della Pubblica Istruzione appena laureati, a loro volta, erano allievi in altri corsi abilitanti. Le cose successivamente non sono andate granché meglio: ogni anno a settembre, nella scuola, scoppia il problema del precariato che si aggira attorno alle centocinquantamila unità: prima o poi è, ovvio, saranno regolarizzati. Si ricorda che si sta parlando di una delle più delicate funzioni dello Stato: quella dell'istruzione delle giovani generazioni. Tra le tante inutili *Authorities* sarebbe forse opportuna la creazione di un *Autority* del pubblico impiego che dia numeri ufficiali attendibili. Con una semplice simulazione e prendendo il caso della città di Genova se il numero dei dipendenti pubblici per abitante fosse proiettato su scala nazionale avremmo l'incredibile cifra di dodici milioni di pubblici dipendenti (sommato il personale delle amministrazioni periferiche dello Stato e dell'ente locale): un dipendente pubblico per meno di sei persone senza contare i dipendenti delle società controllate.

(5) Si consideri che dal 50 al 60 la P.A. riuscì a gestire una migrazione biblica senza precedenti dal centro sud al centro nord del paese di undici milioni di persone. Certo con devastazioni urbanistiche ed ambientali, ma resistette. Il sistema capitalistico corporativo a diritti individuali degradabili (o in senso atecnico a interessi legittimi) nei momenti di espansione sostenuti principalmente dalla domanda estera è capace di maggiore produttività forse più del capitalismo a diritti individuali fondamentali: la qualcosa consente di ridistribuire ricchezza “vera” e stimolare anche la domanda interna strutturalmente debole. Va da sé che nei momenti di crisi riemerge il forte ruolo autoritativo delle corporazioni che tendono a chiudersi a difesa delle proprie roccaforti ed a redistribuire “ricchezza finta” vuoi con maggior prelievo fiscale (ad es. l'ICI sulla

prima casa e le tante sanzioni parafiscali, oltre alla privatizzazione a tassazione invariata di parte o di tutto il servizio pubblico) vuoi con una suddivisione infinita di ciò che resta nel fondo del barile (allargamento dei dipendenti pubblici di cui al testo).

(6) Non è questa la sede per approfondire la nascita della categoria dell'*interesse legittimo* che si fa risalire al discorso di Silvio Spaventa del 6 maggio 1880 all'Associazione costituzionale di Bergamo. Per vero sembra curioso che l'illustre studioso, sostenitore quale Ministro della Destra Storica della giurisdizione unica abolitiva del contenzioso amministrativo, riproponesse poi il giudice speciale della P.A. con la creazione di una sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato (la IV che venne istituita con L. del 31 marzo 1889 e della quale lo stesso Spaventa fu a lungo Presidente. Evidentemente già nei pochi anni di applicazione dell'Allegato E “*il sistema non aveva retto*”. Infatti se l'art. 2 della L. n. 2248 separava nettamente l'ambito di dominio della legge distinguendo i “diritti soggettivi” dagli “altri affari”, posti invece nella disponibilità dell'amministrazione, paradossalmente esso non fu interpretato in senso garantistico ma piuttosto come un rigido confine tra i settori in cui la P.A. non poteva intaccare i diritti dei singoli ed i settori nei quali, al contrario, essi cessavano di esistere a fronte dei suoi poteri discrezionali. *Lungi dal costituire lo spartiacque tra interesse pubblico e privato, la legge del 1865 viene trasformata in via interpretativa in un marchingegno idoneo a degradare i diritti del cittadino laddove la legge conferendo discrezionalità alla pubblica amministrazione può affievolirvi od annullarli*. Alla luce del peculiare rapporto tra legislatore ed amministrazione che in luogo di *antitesi* (come ad es. in Francia) realizza piuttosto una sorta di *convergenza collaborativa*, l'interesse legittimo diventa strumento di cui lo Stato si serve per “manipolare” il sistema economico a livello centrale non meno che a livello locale (Vedi L. Acciarone, *Elementi di giustizia amministrativa*, dispense a cura di G. Cofrancesco, Genova, ECIG, 1992). Sia consentito rinviare a G. Cofrancesco, *Lo Stato mediatore*, Giappichelli 2007 ed i *Principi di diritto amministrativo*, Milano Giuffrè 2004 dove si sostiene che l'interesse legittimo è un istituto funzionale ad uno sviluppo capitalistico corporativo basato sulla “rendita”.

(7) La richiamata previsione, certamente foriera di spunti critici, introduce una inesorabile deroga alla previsione generale dell'annullabilità del provvedimento amministrativo statuendo che determinate violazioni (ascrivibili prima dell'intervento legislativo di modifica della legge n. 241/1990 alla violazione di legge e, dunque, tali da determinare l'annullamento dell'atto) non comportano l'annullabilità del provvedimento in relazione alle fattispecie previste dalla norma. Più nello specifico, la norma in esame considera non annullabili sia i provvedimenti amministrativi a natura vincolata, adottati in violazione di norme sul procedimento o sulla forma, sia i provvedimenti di natura non vincolata (tutti i provvedimenti amministrativi, compresi quelli discrezionali) qualora l'Amministrazione dimostri che il loro contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il *deficit* di tutela delle garanzie – seppur formali – del privato è evidente.

(8) Si auspica possa fare proseliti il più condivisibile insegnamento giurisprudenziale da ultimo emerso da alcune recenti pronunce: “*Per quanto concerne l'elemento soggettivo dell'illecito non è comunque richiesto al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo un particolare sforzo probatorio; infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di una espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o, comunque, ad una violazione delle regole, possono invece operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie. Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa, o allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile, e spetterà all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile*” - Consiglio Stato, sez. VI, 03 aprile 2007, n. 1514, in *Red. amm. CDS 2007, 04*; in senso identico cfr. anche: Consiglio Stato, sez. VI, 09 marzo 2007, n. 1114, in *Red. amm. CDS 2007, 03*; Consiglio Stato, sez. VI, 09 novembre 2006, n. 6607, in *Foro amm. CDS 2006, 11 3085*; Consiglio Stato, sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981, in *Foro amm. CDS 2006, 6 1919*; “*Ai fini del risarcimento del danno per responsabilità extracontrattuale della p.a., pur dovendosi escludere ogni automatismo tra illegittimità dell'atto e illiceità della condotta della p.a., deve rilevarsi che la mancanza della colpa, in presenza di un'illegittimità previamente accertata dal giudice amministrativo, può essere esclusa solo in ipotesi assolutamente eccezionali, concretamente identi-*

ficabili nell'errore scusabile dell'amministrazione" - T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I, 27 novembre 2006, n. 1451, in *Foro amm. TAR 2006*, 11 3656; "Al fine di connotare la responsabilità dell'amministrazione occorre avere riguardo, tra l'altro, al nesso eziologico tra fatto e danno (da valutare secondo i criteri di cui agli artt. 40 e 41, c.p.) ed alla colpa in cui essa è incorsa, da valutare, secondo le regole di comune esperienza e di presunzione semplice di cui all'art. 2727, c.c., per cui, in tale ultimo senso, il privato danneggiato può invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa e spetterà, poi, all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile" - T.A.R. Sicilia Catania, sez. II, 13 novembre 2006, n. 2205, in *Foro amm. TAR 2006*, 11 3674.

(9) Cfr le amare considerazioni di G. Bobbio, *La dura vita di un infelice istituto: l'occupazione appropriativa tra dubbi digiurisdizione, testo unico espropri e calcolo dell'indennizzo*, nota a TAR Campania, Napoli, sez. V, 26 ottobre 2004, in *Foro Amministrativo - TAR*, 10/2004

(10) Si tratta di una delle molte sfaccettature di cui all'ineffabile principio dell'esecutorietà del provvedimento amministrativo inteso come la capacità di dare esecuzione direttamente alle proprie pretese giuridiche basate su di un determinato atto amministrativo, senza doversi preventivamente rivolgere al giudice.

In altre parole, l'azione della Pubblica Amministrazione non è "mediata" dall'Autorità Giudiziaria ma è dotata di un forza "propria" che le consente di raggiungere i suoi obiettivi. Tale potere, teorizzato - senza alcun fondamento giuridico - dalla dottrina all'inizio del secolo scorso (cfr, U. Borsi, "L'esecutorietà degli atti amministrativi", in Studi Senesi, 1901; F. Cammeo, "Corso di diritto amministrativo", Padova, 1914; A. De Valles, "La validità degli atti amministrativi", Roma, 1917; O. Ranalletti, "Teoria degli atti amministrativi speciali", Milano, 1945), tramandato come un *totem* del nostro sistema amministrativo (anche dall'autorevole dottrina successiva; M.S. Giannini, "Diritto Amministrativo", II, Milano, 1981; A.M. Sandulli, "Manuale di Diritto Amministrativo", II, Napoli, 1989; P. Virga "Diritto Amministrativo", IV, Milano 2002) e cristallizzato dalla giurisprudenza quale "carattere insito nel potere di autotutela della P.A.", sovverte l'ordine ed i parametri dello Stato moderno con la creazione di una categoria *extra ordinem*, para-giuridica, funzionale alle esigenze di celerità ed efficienza e, perciò, non strumentale agli interessi tutelati dalla legge, ma soltanto al modo con cui esercitare la funzione pubblica, secondo uno schema che assume come paradigma il solo perseguimento del pubblico interesse, senza accettare la mediazione delle regole che definiscono gli interessi da tutelare ed i relativi modi di tutela, tradendo, di conseguenza, l'essenzialità del rapporto tra principio di legalità ed azione amministrativa e trasformando la globale rilevanza dell'azione amministrativa in un percorso obbligato, da eludere per privilegiare il solo momento decisionale ed esecutivo di essa.

Ed allora accettare che l'Amministrazione possa esercitare un potere siffatto significa svuotare di significato il principio di legalità, rimuovere la garanzia giurisdizionale dei diritti, consentire all'Amministrazione di risolvere autonomamente ed unilateralmente il conflitto, di farsi giustizia da sé, metabolizzando una deviazione dal principio della divisione dei poteri ed ammettendo che essa - una sorta di mostro proteiforme - non solo riproduca se stessa ma anche i poteri dell'autorità giudiziaria Cfr F. Benvenuti, nella inarrivabile voce, *Autotutela*, in Enc. Dir., IV 529 ss; impostazione ripresa da M. Barabino, "La disciplina dell'esecutorietà: profili teorici ed operativi", Genova, 2006; in senso vario G. Taccogna, *Appunti per un inquadramento giuridico della gestione e riscossione, in forma esternalizzata, delle entrate locali*, Milano, Giuffrè 2009.

(11) Che risulti non si sono mai attivati procedimenti disciplinari né è intervenuta la Corte dei Conti o la magistratura inquirente come risultò dal Convegno organizzato dal circolo culturale genovese "Nuovi Orizzonti" avente ad oggetto "Quale giustizia amministrativa? Diritti violati - Paese malato" il 2 giugno 1996 nella Sala Star Hotel President ed al quale parteciparono nella tavola rotonda Giovanni Cofrancesco, Giovanni Marongiu e Giuseppe Pericu. La prassi di mettere come poste attive i proventi delle contravvenzioni si configura come una scommessa su fatti illeciti, che se fosse svolta da una società privata configurerebbe il reato di false comunicazioni sociali (artt. 2621 - 2622 c.c.)

In ogni caso detta procedura è disciplinata nel Titolo II del citato D.P.R. n.

602/1973 ai sensi del quale il concessionario della riscossione, decorso il termine stabilito per il pagamento, potrà procedere ad espropriazione forzata. Pertanto, alcuni anni di tassa di possesso dell'auto non pagate, alcune sanzioni per violazioni al Codice della Strada ignorate, possono portare alla vendita all'asta della casa. Per di più, i concessionari, non solo godono dei medesimi poteri esecutori della P.A., ma addirittura sfuggono alle normali procedure esecutive che seguono un iter standardizzato: dall'appuramento del debito alla valutazione dell'immobile attraverso perizia, fino alla vendita ed all'assegnazione all'esattoria. Il concessionario, invece, procede all'immediata fissazione della data di vendita per il recupero dell'importo del presunto debito senza alcuna fase di valutazione dell'immobile. Che le multe salvo il bilancio del comune o che dalle multe vengano soldi utili per far cassa è ormai implicitamente ammesso dagli stessi amministratori: vedi Secolo XIX - 3 settembre 2009. Addirittura in molti comuni, anche sotto i cinquemila abitanti, in seguito alla riduzione dei trasferimenti dallo Stato Centrale, vengono inserite tra le previsioni di bilancio ingenti somme da incassarsi ricorrendo ad apposite apparecchiature di misurazione della velocità (foto tachimetri, autovelox e similari). Tali somme spesso rappresentano fino al 10% delle entrate del singolo ente locale. Ma vi è di più. Un formidabile incentivo che determina e determinerà una proliferazione delle contravvenzioni per violazioni al Codice della Strada è costituito dall'utilizzazione da parte ormai di molti Comuni di una fetta dei proventi della sanzioni allo scopo di rimpinguare i fondi destinati al pagamento dello straordinario ovvero delle altre poste di trattamento accessorio del Personale della Polizia Municipale o Provinciale, i quali, dunque, saranno certamente più propensi ad elevare il numero più elevato possibile di contravvenzioni, sì da poterne beneficiare sotto forma di un più ragguardevole trattamento accessorio. Invero, il quarto comma dell'articolo 208 del Codice della Strada (D.lgs. 30 aprile 1992, n. 285) con riguardo alla destinazione dei proventi delle sanzioni stradali fa riferimento a: redazione dei piani del traffico, educazione stradale, miglioramento della circolazione sulle strade, potenziamento e miglioramento della segnaletica stradale, fornitura dei mezzi tecnici necessari per i servizi di polizia stradale, realizzazione di interventi a favore della mobilità ciclistica ed interventi per la sicurezza stradale, in particolare a tutela degli utenti deboli (pedoni, ciclisti, bambini, anziani, disabili). Non ci sembra dunque che i proventi delle sanzioni stradali possano essere utilizzate per il pagamento dello straordinario del personale della Polizia Municipale. Eppure, ciò è quanto accade normalmente posto che la giurisprudenza amministrativa (cfr. T.A.R. Emilia-Romagna, 19 giugno 2001, n. 510; T.A.R. Sicilia-Catania, n. 1136/2001) ha ritenuto far rientrare nella locuzione "miglioramento della circolazione stradale" (di cui all'articolo 208, comma 4, del D.lgs. n. 285/1992) anche lo straordinario degli agenti di polizia Municipale e Provinciale, con buona pace dei principi di imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione, nonché del codice di comportamento dei pubblici dipendenti il quale prevede l'obbligo di astensione del dipendente dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere propri interessi. Sulla tematica in generale delle sanzioni amministrative vedi L. Cuocolo, *Le sanzioni amministrative tra caratteri afflittivi ed amministrazione attiva*, in G. Cofrancesco, *Le figure pianificatorie*, Roma, IPZS, 2004, 245 ss.

(12) Vedi A.M. Benedetti, *Il caso Genoa alla ricerca di un giudice*, con prefazione di Vincenzo Roppo, Torino, Giappichelli, 2005.

(13) E, difatti, l'assunzione dell'interesse privato localmente prevalente come interesse pubblico generale va visto in funzione del compromesso tra centro e periferia realizzatosi in Italia, proprio per l'assenza di un interesse pubblico riconosciuto a livello nazionale: né Stato veramente centralizzato (non lo fu neppure durante il fascismo), né Stato autonomistico e meno che mai federale, bensì Stato discrezionale che in ultima analisi diventa un mero punto geometrico. Basta andare nei Ministeri romani per constatare il deserto delle sedi che pure dovrebbero elaborare e realizzare l'interesse pubblico generale. L'elaborazione e la mediazione evidentemente si fanno altrove in luoghi sconosciuti ai più.

Sezione di diritto costituzionale regionale

Sentenze e Ordinanze

Corte costituzionale, 8 maggio 2009, n. 141 – Pres. Amirante - Est. Gallo.

COMMISSIONI TRIBUTARIE – competenza – collegamento imprescindibile con la natura tributaria del rapporto – insussistenza – violazione del divieto costituzionale d'istituzione di giudici speciali.

(Costituzione art. 102; Corte costituzionale, sentenze n. 130 e n. 64 del 2008)

PRESTAZIONI PATRIMONIALI – doverosità – assenza di un rapporto sinallagmatico – collegamento con un presupposto economicamente rilevante – natura tributaria.

(Corte costituzionale, ordinanze n. 427, n. 94, n. 35 e n. 34 del 2006; e n. 395 del 2007),

CANONE COMUNALE SULLA PUBBLICITÀ (CIMP) – assimilabilità all'imposta comunale sulla pubblicità – natura tributaria della prestazione patrimoniale – carattere tributario della controversia – competenza della Commissione tributaria – sussistenza – infondatezza della questione di legittimità costituzionale.

(Costituzione art. 102; D.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 2, comma 2, secondo periodo).

*La giurisdizione del giudice tributario deve ritenersi imprescindibilmente collegata alla natura tributaria del rapporto, con la conseguenza che l'attribuzione alla giurisdizione tributaria di controversie non aventi tale natura comporta la violazione del divieto costituzionale di istituire giudici speciali posto dall'art. 102, secondo comma, Cost. (1)**

*Ai fini della valutazione in concreto della natura tributaria di una prestazione patrimoniale occorre interpretarne la disciplina sostanziale alla luce dei criteri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale per qualificare come tributarie alcune entrate, consistenti nella doverosità della prestazione, in mancanza di un rapporto sinallagmatico tra parti, e nel collegamento di detta prestazione alla pubblica spesa in relazione a un presupposto economicamente rilevante; non rilevando invece in proposito né la formale denominazione del prelievo, né la regola dell'alternatività con altra prestazione di natura impositiva. (2)**

*È infondata la questione di legittimità costituzionale del D.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 2, comma 2, secondo periodo (Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 della legge 30 dicembre 1991, n. 413), come modificato dall'art. 3-bis, comma 1, lettera b), del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203 (Misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria), convertito con modif, nella legge 2 dicembre 2005, n. 248, in riferimento all'art. 102, secondo comma, Cost., in quanto, se è vero che la giurisdizione del giudice tributario deve ritenersi imprescindibilmente collegata alla natura tributaria del rapporto, con la conseguenza che l'attribuzione alla giurisdizione tributaria di controversie non aventi tale natura comporta la violazione dell'art. 102, comma 2, Cost., non può non rilevarsi, per le caratteristiche strutturali e funzionali desumibili dalla disciplina complessiva, la natura tributaria di CIMP, oggetto della controversia del giudizio principale. (3)**

* La sentenza interviene a dirimere la questione di legittimità costituzionale sollevata con ordinanza del 9 aprile 2008, depositata in data 4 agosto 2008, dalla Commissione tributaria provinciale di Genova nel giudizio vertente tra Nicolò Patrone e il Comune di Genova, iscritta al n. 377 del registro ordinanze 2008 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 49, prima serie speciale, dell'anno 2008.

(... *Omissis*...) - *Considerato in diritto.* 1. – La Commissione tributaria provinciale di Genova dubita della legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2, secondo periodo, del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546 (Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 della legge 30 dicembre 1991, n. 413), come modificato dall'art. 3-bis, comma 1, lettera b), del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203 (Misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 2 dicembre 2005, n. 248, nella parte in cui dispone che «Appartengono alla giurisdizione tributaria [...] le controversie attinenti [...] il canone comunale sulla pubblicità», previsto dall'art. 62 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446. In particolare, la Commissione tributaria provinciale afferma che la norma denunciata viola l'art. 102, secondo comma, della Costituzione, perché, attribuendo espressamente alla cognizione delle commissioni tributarie controversie non aventi ad oggetto un tributo, quali quelle relative al canone per l'installazione dei mezzi pubblicitari (CIMP), «fa venire meno il fondamento costituzionale della giurisdizione del giudice tributario».

2. – La questione non è fondata, perché il CIMP ha natura tributaria.

2.1. – Per giungere all'affermazione dell'illegittimità costituzionale della disposizione denunciata, il rimettente muove dalle seguenti due premesse: a) in base all'evocato parametro costituzionale, la giurisdizione tributaria è legittima solo se rimane circoscritta alle controversie aventi ad oggetto prelievi di natura tributaria; b) il predetto canone (CIMP), oggetto del giudizio principale, non ha questa natura.

2.2. – La prima di tali premesse è corretta. Per costante giurisprudenza di questa Corte, infatti, la giurisdizione del giudice tributario «deve ritenersi imprescindibilmente collegata» alla «natura tributaria del rapporto» (ordinanze n. 395 del 2007; n. 427, n. 94, n. 35 e n. 34 del 2006), con la conseguenza che l'attribuzione alla giurisdizione tributaria di controversie non aventi tale natura comporta la violazione del divieto costituzionale di istituire giudici speciali posto dall'art. 102, secondo comma, Cost. (sentenze n. 130 e n. 64 del 2008).

2.3. – Non è, invece, corretta la seconda delle suddette premesse del giudice a quo, e cioè quella relativa all'asserita natura di prelievo non fiscale del CIMP.

2.3.1. – In proposito va preliminarmente osservato che, in tema di giurisdizione tributaria, il legislatore, con l'art. 12, comma 2, della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (in vigore dal 1° gennaio 2002), ha inteso abbandonare – almeno in linea di principio – il criterio dell'enumerazione tassativa dei prelievi oggetto delle controversie attribuite alla cognizione

delle commissioni tributarie ed ha preferito estendere detta giurisdizione «a tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie», nonché «le sovrimposte e le addizionali, le sanzioni amministrative, comunque irrogate da uffici finanziari, gli interessi e ogni altro accessorio». Tale tendenza legislativa al progressivo ampliamento dell'oggetto della giurisdizione tributaria è stata successivamente confermata dall'art. 3-bis, comma 1, lettere a) e b), del sopra citato decreto-legge n. 203 del 2005, il quale, nel modificare i commi 1 e 2 dell'art. 2 del d.lgs. n. 546 del 1992, ha precisato che appartengono alla giurisdizione tributaria le controversie concernenti sia, in generale, i tributi di ogni genere e specie «comunque denominati» (lettera a); sia, in particolare, «la debenza del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche previsto dall'articolo 63 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, e successive modificazioni, e del canone per lo scarico e la depurazione delle acque reflue per lo smaltimento dei rifiuti urbani, nonché le controversie attinenti l'imposta o il canone comunale sulla pubblicità e il diritto sulle pubbliche affissioni» (lettera b). Tuttavia, in base alla sopra ricordata giurisprudenza di questa Corte, la legittimità costituzionale dell'estensione della giurisdizione tributaria alle controversie concernenti i prelievi specificamente indicati nella lettera b) del comma 1 del citato art. 3-bis è subordinata all'effettiva natura tributaria delle controversie medesime e, quindi, dei prelievi che ne costituiscono l'oggetto. Non ha alcun rilievo, al riguardo, la denominazione usata dal legislatore, occorrendo riscontrare in concreto e caso per caso se si sia o no in presenza di un tributo. Ciò vale, ovviamente, anche per tutti quei prelievi la cui denominazione, a partire dalla metà degli anni novanta dello scorso secolo, è stata dal legislatore mutata da «imposta», «tassa» o «tributo» in «canone», «tariffa» o simili, nel quadro di un dichiarato intento di «defiscalizzazione».

2.3.2. – Per valutare se, in concreto, il CIMP sia o no un tributo occorre, dunque, interpretarne la disciplina sostanziale alla luce dei criteri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale per qualificare come tributarie alcune entrate: criteri che consistono nella doverosità della prestazione, in mancanza di un rapporto sinallagmatico tra parti, e nel collegamento di detta prestazione alla pubblica spesa in relazione a un presupposto economicamente rilevante (*ex plurimis*: sentenze n. 335 e n. 64 del 2008, n. 334 del 2006 e n. 73 del 2005). In mancanza di una giurisprudenza di legittimità sulla natura del CIMP, questa Corte deve necessariamente procedere ad un autonomo esame delle caratteristiche del prelievo, al fine di individuarne la natura; e ciò diversamente da quanto fatto, con la sentenza n. 64 del 2008, in relazione al canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche previsto dall'articolo 63 del d.lgs. n. 446 del 1997 (COSAP), sulla cui natura di corrispettivo privatistico si era più volte espressa la Corte di cassazione.

2.3.3. – È appena il caso di sottolineare, in via preliminare, che per accertare la sussistenza di dette caratteristiche non rilevano né la formale denominazione del prelievo - come sopra accennato - né la regola dell'alternatività tra l'imposta comunale sulla pubblicità ed il CIMP stabilita dal comma 1 dell'art. 62 del d.lgs. n. 446 del 1997 («I comuni possono [...] escludere l'applicazione, nel proprio territorio, dell'imposta comunale sulla pubblicità di cui al capo I del decreto legislativo 15 novembre 1993, n. 507, sottoponendo le iniziative pubblicitarie che incidono sull'arredo urbano o sull'ambiente ad un regime autorizzatorio e assoggettandole al pagamento di un canone in base a tariffa»). Quanto al *nomen*

iuris del prelievo, lo stesso comma 1 dell'art. 2 del d.lgs. n. 546 del 1992, ponendosi nella medesima prospettiva della giurisprudenza costituzionale (con le citate sentenze n. 335 e n. 64 del 2008, n. 334 del 2006 e n. 73 del 2005), precisa che appartengono alla giurisdizione tributaria le controversie concernenti «i tributi di ogni genere e specie comunque denominati». – Per valutare se, in concreto, il CIMP sia o no un tributo occorre, dunque, interpretarne la disciplina sostanziale alla luce dei criteri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale per qualificare come tributarie alcune entrate: criteri che consistono nella doverosità della prestazione, in mancanza di un rapporto sinallagmatico tra parti, e nel collegamento di detta prestazione alla pubblica spesa in relazione a un presupposto economicamente rilevante (*ex plurimis*: sentenze n. 335 e n. 64 del 2008, n. 334 del 2006 e n. 73 del 2005).. Al riguardo, va sottolineato che la specifica indicazione delle controversie sul CIMP tra quelle di spettanza delle commissioni tributarie non ha un valore interpretativo univoco, perché può indifferentemente ricondursi tanto all'intento del legislatore di riaffermare il principio secondo cui la giurisdizione tributaria riguarda solo prelievi fiscali, quanto, al contrario, a quello di includere in tale giurisdizione tributaria anche controversie concernenti prelievi non aventi tale natura. È significativa in proposito la menzione, nello stesso comma 1, tra le controversie specificamente attribuite alla cognizione delle commissioni tributarie, di quelle relative alla «debenza» sia dell'«imposta comunale sulla pubblicità», della cui natura tributaria non si è mai dubitato, sia del CIMP. Quanto, poi, all'assunto del rimettente, secondo cui dall'alternatività tra imposta sulla pubblicità e CIMP deriverebbe necessariamente la natura non fiscale di quest'ultimo, è sufficiente osservare in contrario che nulla osta a che un prelievo tributario sia sostituito da un prelievo della stessa natura, come dimostrato dai numerosi esempi di tributi surrogatori esistenti nell'ordinamento.

2.3.4. – Passando all'esame della disciplina legislativa del CIMP, occorre constatare l'evidente continuità tra detta disciplina e quella dell'imposta che esso sostituisce quando il Comune opti per la sua istituzione ai sensi del citato comma 1 dell'art. 62 del d.lgs. n. 446 del 1997. Un primo elemento di sicura analogia attiene all'oggetto dei suddetti due prelievi. Il presupposto dell'imposta è costituito dalla «diffusione di messaggi pubblicitari» (cioè di messaggi diffusi nell'esercizio di un'attività economica allo scopo di promuovere la domanda di beni o servizi, ovvero di messaggi finalizzati a migliorare l'immagine del soggetto pubblicizzato), effettuata «attraverso forme di comunicazione visive od acustiche, diverse da quelle assoggettate al diritto sulle pubbliche affissioni», in luoghi pubblici ovvero aperti o esposti al pubblico (art. 5 del d.lgs. n. 507 del 1993). Analogamente, il canone è dovuto per «l'installazione di mezzi pubblicitari» (rubrica dell'art. 62 del d.lgs. n. 446 del 1997) o, più precisamente, per l'effettuazione di «iniziative pubblicitarie che incidono sull'arredo urbano o sull'ambiente» (testo del medesimo art. 62). Al riguardo, non può porsi in dubbio che la mera «incidenza» dell'iniziativa pubblicitaria sull'arredo urbano o sull'ambiente, richiesta per l'applicazione del canone, è del tutto omologa alla diffusione di messaggi pubblicitari prevista per l'applicazione dell'imposta comunale sulla pubblicità; con la significativa conseguenza che non sono ipotizzabili attività pubblicitarie che costituiscano presupposto solo di detta imposta e non anche del CIMP. Al pari di ciò che avviene per l'imposta sulla pubblicità, l'obbligo di pagare il CIMP nasce, dunque, direttamente in forza della legge, per il solo fatto del-

l'installazione dei mezzi pubblicitari, con l'unica differenza - rilevante ai soli fini procedurali - che tale installazione, per essere considerata legittima, deve essere preceduta, per l'imposta sulla pubblicità, da un'apposita dichiarazione del contribuente e, per il CIMP, dall'autorizzazione del Comune. Dal sopra individuato presupposto oggettivo dei due suddetti prelievi discende, altresì, che essi sono dovuti indipendentemente dal fatto dell'occupazione di beni pubblici e, quindi, dalla possibilità di instaurare una correlazione tra tali prelievi e l'uso dei beni stessi. In particolare, né l'imposta né il canone possono essere qualificati come controprestazione dell'uso di aree pubbliche; uso, questo, che costituisce, invece, la giustificazione del COSAP o, in alternativa, il presupposto della TOSAP (tassa per l'occupazione di spazi e aree pubbliche). Ciò è ancora più evidente nel caso in cui il mezzo pubblicitario sia installato in aree private. In tale caso, infatti, la stessa natura privata del bene sul quale avviene l'installazione esclude in radice la possibilità di configurare un nesso di corrispettività contrattuale tra il CIMP e l'utilizzazione dell'area. Un secondo elemento di analogia è rappresentato dal fatto che il Comune, al fine di applicare sia l'imposta che il canone per la pubblicità, deve adottare un apposito regolamento che ha sostanzialmente lo stesso contenuto per ambedue i prelievi, quanto agli elementi strutturali e procedurali che li caratterizzano. In particolare, ai fini dell'applicazione dell'imposta, detto regolamento deve precisare, ai sensi degli artt. 3 e 4 del d.lgs. n. 507 del 1993, tra l'altro: a) «le modalità di effettuazione della pubblicità» (comma 2 dell'art. 3); b) «le modalità per ottenere il provvedimento per l'installazione, nonché i criteri per la realizzazione del piano generale degli impianti» (comma 3 dello stesso art. 3); c) la tariffa, da determinarsi, per le affissioni di carattere commerciale, in relazione alla facoltà per il Comune di suddividere il territorio in due categorie, a seconda della loro importanza (art. 4), ed in relazione alla presenza di «rilevanti flussi turistici desumibili da oggettivi indici di ricettività» (comma 6 dell'art. 3). In modo analogo, il regolamento per l'applicazione del canone, ai sensi dell'art. 62 del d.lgs. n. 446 del 1997, deve precisare, tra l'altro: a) la «tipologia dei mezzi di effettuazione della pubblicità esterna» (comma 2, lettera a, dell'art. 3) e «le modalità di impiego dei mezzi pubblicitari» (lettera c dello stesso comma); b) «le procedure per il rilascio e per il rinnovo dell'autorizzazione» alle iniziative pubblicitarie (lettera b dello stesso comma); c) la tariffa, da determinarsi «con criteri di ragionevolezza e gradualità tenendo conto della popolazione residente, della rilevanza dei flussi turistici presenti nel comune e delle caratteristiche delle diverse zone del territorio comunale e dell'impatto ambientale in modo che detta tariffa [...] non ecceda di oltre il 25 per cento le tariffe stabilite ai sensi del decreto legislativo 15 novembre 1993, n. 507, per l'imposta comunale sulla pubblicità [...]» (lettera d dello stesso comma). Dal complesso di tali disposizioni, risulta evidente che il legislatore ha fissato, per la redazione dei regolamenti dei due prelievi, criteri affini, anche se non identici. Appare particolarmente significativo, al riguardo, che la tariffa del CIMP sia parametrata a quella dell'imposta, nel senso che la prima non può superare di più di un quarto la seconda. Ne deriva che l'importo del canone, analogamente a quello dell'imposta, non è determinato in funzione del criterio della copertura del costo di un eventuale servizio prestato dal Comune a favore di chi installi il mezzo pubblicitario. Ciò conferma l'impossibilità di configurare un rapporto di corrispettività contrattuale. Un altro motivo di analogia tra i pre-

lievi è dato dal fatto che, per la pubblicità assoggettata a canone, si applica un sistema di controllo, accertamento e sanzioni amministrative degli abusi sostanzialmente corrispondente a quello previsto per la pubblicità assoggettata ad imposta. In relazione a quest'ultima, il d.lgs. n. 507 del 1993, prevede: a) l'applicazione dell'imposta anche nel caso di pubblicità effettuata in difetto od in difformità dalla dichiarazione che il soggetto passivo è tenuto a presentare preventivamente (art. 8); b) l'obbligo di vigilanza del Comune sulla corretta osservanza delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di pubblicità, alla violazione delle quali conseguono, a seconda dei casi, sanzioni amministrative non tributarie e tributarie, con rimozione degli impianti pubblicitari abusivi, loro sequestro (a séguito di ordinanza sindacale) a garanzia del pagamento dell'ammontare dell'imposta e degli accessori di questa nonché delle spese di rimozione e di custodia, anche con immediata copertura della pubblicità abusiva (art. 24, commi 1, 2, 3 e 4); c) l'adozione, da parte del Comune, di un «piano specifico di repressione dell'abusivismo, di recupero e riqualificazione con interventi di arredo urbano», eventualmente prevedendo procedure agevolative dirette a «favorire l'emersione volontaria dell'abusivismo», e ciò all'evidente fine di ridurre l'impatto della pubblicità sull'arredo urbano e sull'ambiente (art. 24, comma 5-bis). Analogamente, l'art. 62 del d.lgs. n. 446 del 1997 - proprio nel dichiarato intento di consentire al Comune il controllo preventivo, mediante un adeguato sistema di autorizzazioni, dell'impatto della pubblicità sull'arredo urbano e sull'ambiente - stabilisce che il regolamento istitutivo del CIMP debba prevedere: a) «l'equiparazione, ai soli fini del pagamento del canone, dei mezzi pubblicitari installati senza la preventiva autorizzazione a quelli autorizzati» (prima parte della lettera e del comma 2); b) per l'installazione dei mezzi pubblicitari non autorizzati, «sanzioni amministrative pecuniarie di importo non inferiore all'importo della relativa tariffa, né superiore al doppio della stessa tariffa» (seconda parte della medesima lettera e del comma 2); c) «la rimozione dei mezzi pubblicitari privi della prescritta autorizzazione, o installati in difformità della stessa, o per i quali non sia stato effettuato il pagamento del canone», nonché la «immediata copertura della pubblicità con essi effettuata» (comma 4). In conclusione, i sottolineati forti tratti di continuità tra la disciplina del CIMP e quella dell'imposta sulla pubblicità evidenziano che il canone costituisce - seppure con diverso nomen iuris - un prelievo della stessa natura dell'imposta e presenta, perciò, tutte le caratteristiche del tributo, quali delineate dalla sopra richiamata giurisprudenza di questa Corte. Si è visto, infatti, che, con riguardo al CIMP, la disciplina degli elementi strutturali del prelievo e quella dei poteri e degli obblighi attinenti al controllo, all'accertamento e alle sanzioni degli abusi hanno la loro fonte nella legge e nel regolamento comunale, senza che sia dato alcun rilievo all'autonomia contrattuale delle parti.

2.3.5. - A tale conclusione non può opporsi che, nel caso di mezzo pubblicitario installato su beni pubblici, il CIMP ha natura di corrispettivo contrattuale, come risulterebbe dimostrato sia dall'analogia di detto prelievo con il COSAP, già ritenuto di natura non tributaria con la sentenza di questa Corte n. 64 del 2008, sia dalla differenziata disciplina legislativa dell'ipotesi di concorso della TOSAP e del COSAP, da un lato, con il CIMP e l'imposta sulla pubblicità, dall'altro. Al contrario, proprio l'interpretazione sistematica della disciplina di tali prelievi conferma l'insussistenza di un rapporto sinallagmatico, sia esso di diritto privato comune o spe-

ciale, tra il soggetto tenuto al pagamento del canone per la pubblicità e il Comune.

2.3.5.1. - In primo luogo, va osservato, in proposito, che il CIMP, contrariamente al COSAP ed alla TOSAP, è connesso a un regime non concessorio – tale, cioè, da attribuire al concessionario diritti di cui altrimenti non sarebbe titolare – ma autorizzatorio, in senso proprio, delle iniziative pubblicitarie incidenti sull'arredo urbano o sull'ambiente (comma 1 dell'art. 62 del d.lgs. n. 446 del 1997). La previsione di un siffatto regime comporta che l'autore delle suddette iniziative è già titolare del diritto a esercitarle e che la previa autorizzazione, avendo la funzione di realizzare un controllo preventivo, non costituisce una controprestazione del Comune rispetto al pagamento del canone. Una controprestazione rispetto al CIMP non potrebbe essere individuata neppure nell'uso dell'«arredo urbano» o dell'«ambiente», perché il Comune, nella specie, non è titolare di diritti propri su di essi, idonei ad essere scambiati sul mercato con atti di autonomia privata, ma è solo ente esponenziale dei relativi interessi pubblici e può vantare diritti solo sui singoli beni che compongono l'«arredo urbano» e l'«ambiente», in quanto tali beni appartengano al demanio o al patrimonio indisponibile o disponibile del Comune stesso.

2.3.5.2.- In secondo luogo, quanto all'assimilazione prospettata dal rimettente tra la disciplina del CIMP e quella del COSAP, va riconosciuto che vi sono alcune indubbe somiglianze tra i due prelievi. Infatti, anche il COSAP, in forza dell'art. 63 del d.lgs. n. 446 del 1997, al pari del CIMP, è sostitutivo di un precedente tributo, cioè della TOSAP (comma 1), ed è istituito e disciplinato dal Comune con regolamento, avendo riguardo all'individuazione dei presupposti amministrativi dell'attività oggetto del prelievo, alla determinazione della tariffa e ai controlli e sanzioni per l'attività abusiva (commi 1 e 2). Tuttavia, tali somiglianze attengono solo ad aspetti che non escludono la radicale diversità tra i due canoni. Per quanto attiene al COSAP, infatti, il soggetto che occupa il bene pubblico è tenuto a prestare un corrispettivo (se titolare di concessione-contratto) o una indennità (se privo di tale concessione) per remunerare l'uso di un bene del demanio o del patrimonio indisponibile del Comune. Il pagamento del canone costituisce, cioè, la controprestazione dell'uso, legittimo od abusivo, del bene comunale e la natura non tributaria del COSAP non muta per il fatto che, riguardo alla particolare ipotesi di occupazione abusiva di beni comunali, la legge preveda l'obbligo per l'autore di tale illecito di corrispondere al Comune, oltre alle sanzioni amministrative, un'indennità predeterminata, commisurata al canone che sarebbe stato fissato ove la concessione fosse stata rilasciata. Tale previsione costituisce, infatti, una disposizione non di diritto tributario, ma di diritto privato speciale, perché ha la funzione di fissare in modo imperativo e forfetario l'entità del ristoro patrimoniale dovuto al Comune dall'autore dell'illecita occupazione e non ha, pertanto, la funzione distributiva che l'art. 53 Cost. assegna al tributo. Neppure la previsione di sanzioni amministrative, in aggiunta alla suddetta indennità di occupazione abusiva, esclude la natura privatistica del COSAP, perché, mediante l'occupazione *sine titulo*, si realizza pur sempre, oltre ad un illecito civile, la violazione – come tale sanzionabile in via amministrativa – delle norme poste a tutela dei beni pubblici soggetti a regime di concessione. Per quanto attiene al CIMP, invece, al pagamento del canone non corrisponde – come si è visto – alcuna controprestazione da parte del Comune, perché né il consenso all'incidenza della pubblicità sull'arredo

urbano o sull'ambiente, né il rilascio di autorizzazioni alle iniziative pubblicitarie possono qualificarsi come corrispettivi contrattuali a carico del Comune.

2.3.5.3. - In terzo luogo, deve ritenersi non rilevante, ai fini della qualificazione del CIMP, il fatto che la legge – nell'ipotesi di occupazione di beni pubblici a fini pubblicitari – da un lato, non escluda che la TOSAP o il COSAP si cumulino con l'imposta sulla pubblicità (comma 7 dell'art. 9 del d.lgs. n. 507 del 1993; comma modificato dal comma 55 dell'art. 145 della legge 23 dicembre 2000, n. 388) e, dall'altro, disponga che la tariffa del CIMP sia «comprensiva» della TOSAP o del COSAP (comma 2, lettera d, dell'art. 62 del d.lgs. n. 446 del 1997; lettera modificata dal comma 5, lettera b, dell'art. 10 della legge 28 dicembre 2001, n. 448). Infatti, tale diversità di disciplina non incide sulla sopra rilevata analogia tra il presupposto del CIMP e quello dell'imposta sulla pubblicità, in quanto la «comprensione» in un prelievo di natura tributaria, quale il CIMP, di un prelievo di natura privatistica come il COSAP non muta la natura del tributo «comprendente» – che è l'unico prelievo applicabile in tale fattispecie – e comunque non fa venir meno la distinzione concettuale tra il fatto dell'installazione di mezzi pubblicitari ed il fatto dell'occupazione di spazi ed aree pubbliche.

2.4. – Le sopra indicate caratteristiche strutturali e funzionali del CIMP, desumibili dalla sua complessiva disciplina, rendono evidente, dunque, che tale prelievo non è inquadrabile tra le entrate non tributarie, siano esse di diritto privato comune o speciale, ma costituisce una mera variante dell'imposta comunale sulla pubblicità e conserva la qualifica di tributo propria di quest'ultima. Le controversie aventi ad oggetto la debenza del CIMP, pertanto, hanno natura tributaria e la loro attribuzione alla cognizione delle commissioni tributarie, ad opera della disposizione denunciata, rispetta l'evocato parametro costituzionale.

P.Q.M.

La Corte Costituzionale

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2, secondo periodo, del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546 (Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 della legge 30 dicembre 1991, n. 413) – come modificato dall'art. 3-bis, comma 1, lettera b), del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203 (Misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 2 dicembre 2005, n. 248 –, sollevata, in riferimento all'art. 102, secondo comma, della Costituzione, dalla Commissione tributaria provinciale di Genova, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

(...*Omissis*...).

(1-3) La Corte costituzionale coglie l'occasione fornita dal CIMP (canone per l'installazione di mezzi pubblicitari) per ribadire e precisare la fisionomia della giurisdizione tributaria.

Sommario: 1. *Le coordinate della questione sollevata dalla Commissione tributaria provinciale di Genova.* - 2. *La natura tributaria del CIMP nell'iter argomentativo della Corte costituzionale.* - 3. *Considerazioni conclusive.*

1. Le coordinate della questione sollevata dalla Commissione tributaria provinciale di Genova.

Il caso in esame prende le mosse da un'ordinanza di rimessione promossa dalla Commissione tributaria provinciale di Genova (1), che, chiamata a pronunciarsi sull'impugnazione di un'ingiunzione di pagamento del canone per l'installazione di mezzi pubblicitari (CIMP) (2), ha ritenuto di dover pregiudizialmente sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2, secondo periodo del d.lgs. 31 dicembre 1942, n. 546 (così modificato dall'art. 3-bis del d.l. n. 203/2005, come convertito dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248), per contrasto con l'art. 102 Cost., nella parte in cui fa rientrare la relativa controversia nella cognizione del giudice tributario.

Prima tuttavia di esaminare nel dettaglio gli aspetti di tale vicenda, dalle ragioni poste a fondamento dell'ordinanza di rimessione dal giudice *a quo* alle motivazioni che ne hanno determinato il rigetto da parte della Corte costituzionale (3), non sembra fuori luogo un richiamo non tanto ai noti principi costituzionali affermatasi in merito all'inquadramento delle commissioni tributarie tra gli organi aventi natura giurisdizionale, quanto piuttosto agli ulteriori svolgimenti di tale presa di posizione. Infatti, come in particolare esplicitato con l'ord. n. 144/1998, l'ampliamento della competenza delle commissioni tributarie non varrebbe di per sé a farlo ritenere un giudice speciale, dal momento che l'intervento di leggi posteriori è stato ritenuto doveroso se volto a colmare "le molte deficienze del contenzioso tributario" (4), laddove non vi sarebbe, d'altro canto, vincolo a mantenere immutati nell'ordinamento e nel funzionamento le commissioni tributarie come già revisionate (5).

Venendo, dunque, al ragionamento tenuto dalla Commissione tributaria provinciale del capoluogo ligure, la natura non tributaria della controversia ad essa sottoposta sarebbe stata da evincersi non solo dall'alternatività posta dal legislatore tra "l'imposta comunale sulla pubblicità" e il CIMP, che avrebbe dovuto far presupporre una diversa natura delle due entrate comunali (tributaria la prima e patrimoniale la seconda), ma anche soprattutto dai principi formulati dalla Corte costituzionale nella pronuncia n. 64/2008 (6), nella parte in cui essa aveva dichiarato costituzionalmente illegittima l'attribuzione alla giurisdizione tributaria della competenza a giudicare in materia di canoni per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (COSAP), in quanto ritenuta di natura estranea al campo tributario (natura, peraltro, sostenuta da quella stessa Cassazione che pure non aveva ritenuto di dedurne l'incompetenza del giudice tributario (7)). Come precisato, dunque, dal giudice costituzionale nella pronuncia testé citata, la modificazione dell'oggetto della giurisdizione dei giudici speciali preesistenti alla Costituzione è consentita solo se non "snatura" la materia originariamente attribuita alla cognizione degli stessi giudici speciali, dovendosi considerare a tal fine la giurisdizione tributaria "imprescindibilmente collegata alla natura tributaria del rapporto" (8) (da identificarsi, secondo la medesima giurisprudenza costituzionale, nella doverosità della prestazione e nel collegamento di questa alla pubblica spesa con riferimento ad un presupposto economicamente rilevante" (9)).

2. La natura tributaria del CIMP nell'iter argomentativo della Corte costituzionale.

La questione di legittimità sollevata dal giudice *a quo* ligure è stata però rigettata dalla Consulta dato che, pur ritenendo opportuno il richiamo alla sentenza n. 64/2008 e dimostrando di condividere e di voler utilizzare gli argomenti di diritto espressi in quella sede, essa non ha ravvisato, nel

caso in esame, l'assenza di un imprescindibile collegamento con la natura tributaria del rapporto sottoposto alla cognizione della Commissione tributaria. A tal fine il Giudice delle leggi, non supportato da alcun particolare diritto vivente (10), si è esercitato in un'autonoma ricostruzione della natura giuridica del canone in questione, applicando i principi già elaborati in precedenza.

Per questa via, ha, in primo luogo, precisato di prescindere sia dall'autoqualificazione utilizzata dal legislatore nel denominare il prelievo, sia dall'alternatività posta tra l'imposta sulla pubblicità e il CIMP, anche perché nulla osterebbe a che un prelievo tributario possa essere sostituito da un prelievo della stessa natura.

In seconda battuta, passando cioè ad esaminare la disciplina sostanziale della materia, ha poi rinvenuto elementi di sicura continuità tra i due prelievi, sia per quanto riguarda l'oggetto, sia per quanto riguarda l'impossibilità di qualificarli come controprestazione dell'uso di beni pubblici (essendo questi dovuti indipendentemente dalla sussistenza di un profilo sinallagmatico), sia per la necessità dell'adozione per entrambi di un regolamento analogo per elementi strutturali e procedurali, sia infine per l'applicazione di sistemi di controllo, accertamento e sanzioni sostanzialmente corrispondenti.

Presupposta così la forte affinità tra i due prelievi, la Corte ha infine confermato le proprie deduzioni avvalendosi del criterio dell'interpretazione sistematica, ponendo, cioè, a confronto il CIMP vuoi con il COSAP, ormai pacificamente non considerato un tributo a seguito della ridetta sent. n. 64/2008, vuoi con il TOSAP, verificando come, se questi ultimi due risultano connessi a un regime concessorio, il CIMP sia invece connesso a un regime autorizzatorio, ed in particolare come il COSAP rappresenti un corrispettivo rispetto all'uso (abusivo o non), del bene comunale, mentre il CIMP risulti, come già accennato, del tutto indipendente da profili sinallagmatici. Peraltro, anche la circostanza che, nell'ipotesi di occupazione di beni pubblici a fini pubblicitari, non sia escluso il cumulo tra COSAP o TOSAP con l'imposta sulla pubblicità e che la tariffa del CIMP sia "comprensiva" del TOSAP o del COSAP non è parso compromettere la natura del prelievo in questione.

3. Considerazioni conclusive.

La decisione in commento sembra, dunque, porsi in linea di continuità con i precedenti della Corte costituzionale, ribadendo i limiti della giurisdizione delle commissioni tributarie, superati i quali si rischierebbe di tralignare nell'illegittima istituzione di un nuovo giudice speciale, in violazione del divieto di cui all'art. 102 Cost.

Ora, se della sentenza n. 64/2008 e dei principi in essa contenuti si è già accennato, non minore interesse sembra rivestire anche la sentenza n. 130/2008 (11), peraltro identicamente richiamata nel considerato in diritto, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, del medesimo testo normativo qui in questione (ossia il d.lgs. n. 546/1992, come sostituito dall'art. 12, comma 2, della l. 28 dicembre 2001, n. 448), se interpretato nel senso che siano da considerarsi attribuite, in via residuale, alla giurisdizione tributaria le controversie concernenti le sanzioni irrogate per infrazioni connesse alla violazione di norme non necessariamente attinenti ai tributi alla condizione che vi ricorra il criterio soggettivo della natura finanziaria dell'organo competente a comminare dette sanzioni (12). Anche in quest'ultima occasione, come può agevolmente notarsi, l'elemento del raccordo formale è stato ritenuto

recessivo rispetto al criterio fondamentale, di natura oggettiva, dell' "imprescindibile connessione con la natura tributaria della controversia".

Per altro verso, il rigetto della questione di legittimità del CIMP (13) non può essere letto come un'inversione di tendenza rispetto ai due dispositivi d'accoglimento sopra richiamati, caratterizzati da un atteggiamento assai più restrittivo rispetto alla maggior apertura dimostrata in tempi meno recenti con la già citata ord. n. 144/1998. Ciò che sembra confermato anche dalla più recente sent. n. 238/2009, in cui ci si è orientati per la natura tributaria della tariffa igiene ambientale (TIA) con conseguente rigetto della questione di legittimità prospettata (14), laddove un ruolo di una qualche portata sembra aver esercitato anche la giurisprudenza di legittimità (15).

Conclusivamente, mette anche conto di rilevare come il relativo incremento di giudizi della Corte costituzionale volti a meglio circoscrivere il possibile ambito di estensione delle materie attribuite alla cognizione del giudice tributario sia la conseguenza di un quadro normativo complesso e forse non del tutto facilmente intellegibile. Del resto, parte della dottrina non aveva mancato di criticare da subito la soluzione adottata dal novellato art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 546/1992, che, giustapponendosi al primo comma della medesima disposizione - in cui viene tra l'altro assegnata al giudice tributario la competenza a giudicare sulle controversie inerenti a tributi di ogni genere e specie, comunque denominati -, specificamente elenca ulteriori materie soggette alla cognizione di questo (quali il COSAP, il CIMP e la TIA). Tale soluzione normativa era sembrata infatti rischiosamente oscillare tra una valenza del tutto pleonastica (perché devolveva al giudice tributario una materia la cui competenza era già pacifica) e una collisione diretta con l'art. 102 Cost., se attribuitiva al giudice tributario di controversie non aventi natura tributaria (16). Del resto, alla luce degli interventi di plastica della Corte costituzionale, anche se può azzardarsi l'ulteriore ipotesi del tentativo del legislatore di includere d'ufficio talune materie dubbie nella nozione di tributo, parrebbe proprio che tale autoqualificazione non abbia sortito gli effetti desiderati.

Francesca Bailo

Note:

(1) Per un primo commento all'ordinanza di remissione in esame cfr. M. LOVISETTI, *Dubbi di costituzionalità sull'attribuzione alla giurisdizione tributaria delle controversie in materia di canone sulla pubblicità*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2008, 12, 1075 ss.

(2) Sul CIMP cfr., più in generale, S. CIANFROCCA - C. ROTUNNO, *La tassa per l'occupazione di spazi e aree pubbliche, l'imposta comunale sulla pubblicità e i canoni COSAP e CIMP*, Rimini, 2001, 337 ss.; C. ROTUNNO, *Questioni in tema di presupposto dell'imposta comunale sulla pubblicità, della Tosap e della Tarsu*, in *La Finanza locale*, 2005, 9, 84 ss.

(3) Com'è noto, la natura giurisdizionale delle commissioni tributarie è stata affermata dalla Corte costituzionale dalle storiche decisioni nn. 287/1974 e 215/1976, riconoscendosi la possibilità per il legislatore ordinario di procedere a una revisione dell'organo, già esistente antecedentemente all'entrata in vigore della Costituzione, in conformità al combinato disposto di cui all'art. 102, comma 2, Cost., e alla VI disp. trans. e fin. Cost., senza però valicare il limite dell'istituzione *ex novo* di un nuovo giudice speciale.

(4) Al proposito cfr. Corte cost., sentt. nn. 154 del 1984 e 212 del 1986, in *Consulta OnLine*, cit.

(5) Il legislatore ha, infatti, effettuato una prima revisione della disciplina pre-costituzionale (risalente agli anni 1936 - 1937) con il d.P.R. 26 ottobre 1973, n. 636 (in attuazione dell'art. 10 della l. delega 9 ottobre 1971, n. 825), con

il quale venne esclusa la fiscalità locale dall'oggetto della giurisdizione tributaria e, nel 1992, con il d.lgs. n. 546 (di attuazione della l. delega 30 dicembre 1991, n. 413), con cui venne effettuata una vera e propria inversione di tendenza, tesa ad ampliare l'oggetto della giurisdizione tributaria - sino a ricomprensivi nuovamente i tributi comunali e locali -, pur mantenendosi inalterato il metodo dell'enumerazione tassativa dei tributi. È stato, tuttavia, con le modifiche apportate al detto d.lgs. nel 2001 (l. 28 dicembre 2001, n. 448, art. 12 - legge finanziaria 2002) e nel 2005 (d.l. 30 settembre 2005, n. 203, conv. in l. 2 dicembre 2005, n. 248, art. 3bis) che il quadro normativo è mutato in modo più radicale, con ciò riproponendosi le questioni di legittimità di cui nel testo si darà conto. Più precisamente, nel 2001, si è sostituito, all'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 546/1992, il metodo dell'elencazione tassativa dei tributi sottoposti alla giurisdizione del giudice tributario con la ben più ampia formula "tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie" e, per quanto concerne più specificamente le sanzioni, anziché utilizzare il criterio materiale (sono inoltre soggette alla giurisdizione tributaria le controversie concernenti [...] le sanzioni amministrative [...] nelle materie di cui al comma 1) si è privilegiato il criterio soggettivo secondo cui sono di competenza della giurisdizione tributarie tutte "le sanzioni amministrative, comunque irrogate da uffici finanziari". L'art. 3bis del d.l. n. 203/2005 ha poi inserito, accanto al riferimento ai tributi di ogni genere e specie, l'inciso "comunque denominati" e, soprattutto, ha introdotto all'art. 2, comma 2, l'elencazione di alcune materie specificamente devolute alla commissione tributaria (tra cui il COSAP, il CIMP e la TIA).

(6) Il riferimento è a Corte cost., sent. 14 marzo 2008, n. 64, reperibile in *Consulta OnLine*, cit., con osservazioni di G. BIZIOLI, *La Corte costituzionale riafferma il limite della natura tributaria all'ampliamento delle competenze giurisdizionali del giudice speciale tributario*, in *Giur. cost.*, 2008, 878 ss.; S. PELLEGRINI, *La Corte costituzionale e la giurisdizione delle Commissioni tributarie*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, 12, 636 ss.; G. MARINI, *Incostituzionalità della giurisdizione tributaria e rapporti pendenti*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2008, 5, 380 ss.; F. TE-SAURO, *In tema di limiti della giurisdizione tributaria*, in *Giur. it.*, 2008, 10, 2349 - 2350.

(7) Nel senso della natura non tributaria del COSAP si era, infatti, formato un costante diritto vivente del giudice di legittimità, conforme ai principi costituzionali ora evidenziati, che più specificamente lo definiva come "un *quid* ontologicamente diverso, sotto il profilo strettamente giuridico, dal tributo (TOSAP) in luogo del quale può essere applicato" e che "risulta disegnato come corrispettivo di una concessione, reale o presunta (nel caso di occupazione abusiva), dell'uso esclusivo o speciale di beni pubblici". Al proposito cfr. Cassazione, SS. UU. civili, nn. 25551, 13902, 1611 del 2007; n. 14864 del 2006; n. 1239 del 2005; n. 5462 del 2004; n. 12167 del 2003. D'altro canto, detta giurisprudenza di legittimità aveva confermato la giurisdizione delle commissioni tributarie in ragione di in una qualche connessione del Cosap, e più in generale dei canoni di cui al novellato art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 546/1992, con tributi che avevano avuto in passato un similare presupposto.

(8) Sicché l'illegittima attribuzione di una controversia non avente natura tributaria può derivare sia da una espressa disposizione legislativa che ampli la giurisdizione tributaria a materie non tributarie, sia dall'erronea qualificazione di "tributarie" data dal legislatore o dall'interprete ad una particolare materia.

(9) Sul punto cfr. anche M. LOVISETTI, *Dubbi di costituzionalità*, cit., 1079, secondo cui i criteri individuati dalla Corte costituzionale per delimitare la natura tributaria della controversia "appaiono in concreto evanescenti proprio laddove l'indagine riguardi entrate caratterizzate da paracommutatività, ossia da profili di scambio tra l'ente impositore e il contribuente".

(10) Un unico riferimento al CIMP sembra rinvenirsi, come segnalato anche da M. LOVISETTI, *Dubbi di costituzionalità*, cit., 1080, nella giurisprudenza di merito (Comm. trib. Reg. Lazio, sez. IX, 7 settembre 2005, n. 138), che peraltro si esprimeva nel senso della natura non tributaria della prestazione.

(11) Corte cost., sent. 14 maggio 2008, n. 130, in *Consulta OnLine*, op. cit. Cfr. poi, in sede di legittimità, Cass. civ. SS.UU., sentt. 1° luglio 2009, n. 15382 e 7 luglio 2009, n. 15846. Cfr. comunque già Corte cost., ordd. nn. 34, 35, 94 del 2006 e n. 395/2007 (tutte in *Consulta OnLine*, op. cit.), che ave-

vano dichiarato inammissibili le questioni di legittimità insistenti, anche solo di riflesso, sulla medesima disposizione impugnata con la sent. n. 130/2008, a ragione del fatto che i rimettenti si erano limitati a dare per scontata la propria giurisdizione sulla base del solo riferimento al dato formale del criterio soggettivo dell'organo competente ad irrogare sanzioni, e non anche tentando, da una parte, di valorizzare la natura tributaria del rapporto e, dall'altra, di verificare la possibilità di seguire una diversa interpretazione conforme a Costituzione, con ciò evidentemente rendendo la motivazione dell'ordinanza difettosa già sotto il profilo della rilevanza della questione di legittimità prospettata.

(12) Nel caso di specie, i giudici rimettenti riferivano del fatto che avrebbero dovuto adeguarsi alla decisione del giudice di legittimità (Corte Cass. S.S. U.U., ord. 10 febbraio 2006, n. 2888), pure ritenuta in contrasto con l'art. 102 Cost., secondo cui appartenevano alla competenza della giurisdizione tributaria le controversie concernenti l'irrogazione della sanzione per l'impiego di lavoratori dipendenti, risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria prevista dall'art. 3, comma 3, del d.l. n. 12/2002, pacificamente non aventi natura tributaria, solo perché competente a comminarle era l'Agenzia delle Entrate.

(13) In dottrina, peraltro, vi erano posizioni non unanimi circa l'esito della decisione in esame: M. LOVISETTI, *Dubbi di costituzionalità*, cit., 1080, pur ritenendo più probabile un dispositivo di accoglimento, auspicava una pronuncia di rigetto che cogliesse tra l'altro l'occasione per "saggiare il grado di effettiva significatività dei caratteri enunciati dalla Consulta per individuare la natura giuridica del CIMP" e, magari, ne puntualizzasse meglio il contenuto e la portata. Circa la natura non tributaria del CIMP si era schierato invece G. BIZIOLI, *La Corte costituzionale riafferma il limite della natura tributaria*, cit., 883.

(14) Anche in quest'ultima occasione è stata, infatti, ribadita l'irrelevanza del *nomen iuris* adottato dal legislatore e dell'alternatività della TIA rispetto alla TARSU, per poi, nel merito, passare a ricercare gli elementi di analogia e affinità delle due prestazioni, puntualmente rinvenuti, non solo per quanto attiene al fatto generatore dell'obbligo di pagamento e ai soggetti obbligati, alla struttura autoritativa e non sinallagmatica e ai criteri di commisurazione dei due prelievi, ma anche per il fatto che hanno sostanzialmente funzioni analoghe, come si desume pure dalla disciplina complessiva, e che sono entrambe estranee all'ambito di applicazione dell'IVA.

(15) Al proposito cfr. Cass, civ., SS.UU., ord. n. 3274 del 2006 (che pendeva per la natura non tributaria della TIA), ma anche Id., SS. UU., ord. n. 3171 del 2008, sentt. nn. 17526 e 13902 del 2007 e 4895 del 2006 (con osservazioni di M. LOVISETTI, *Un caso di apparente conflitto giurisprudenziale: la giurisdizione in materia di TIA*, in *GF-Riv. giur. trib.*, 2006, 6, 493 ss.), che, con varie motivazioni e differenze linguistiche, hanno invece ricondotto detta prestazione nel novero dei tributi. In dottrina cfr. anche G. PETRILLO, *La giurisdizione in materia di tariffa di igiene ambientale*, in *Giust. civ.*, 2007, 5, 219 ss. Di un certo rilievo risultava pure una risoluzione dell'Agenzia delle Entrate con la quale si qualificava la fattispecie quale "corrispettivo" per il servizio di gestione dei rifiuti, e in cui si giustificava l'assoggettamento alla giurisdizione delle commissioni tributarie esclusivamente per una precisa volontà del legislatore di ampliare la cognizione dei giudici medesimi, altrimenti non ritenendosi necessario l'intervento di specificazione operato con l'art. 3-bis del D.l. n. 203/2005 (Agenzia delle Entrate, risoluzione 17 giugno 2008, n. 250/E).

(16) In questo senso cfr. G. BIZIOLI, *La Corte costituzionale riafferma il limite della natura tributaria*, cit., 882.

ELEZIONI comunali – comune con popolazione sino a 15 mila abitanti – voto disgiunto tra candidato sindaco e lista dei candidati consiglieri – inefficacia delle preferenze per candidati consiglieri di una lista diversa da quella del candidato sindaco votato (Art. 57, co. 7, D.p.r. 570/1960).

ELEZIONI comunali – comune con popolazione sino a 15 mila abitanti – ammissione al voto assistito – soggetti affetti da infermità fisica – attestazione dell'infermità da parte di un medico in relazione di parentela con un candidato – "incompatibilità" a rilasciare l'attestazione – illegittimità consequenziale dell'ammissione al voto assistito – nullità del voto assistito – prova di resistenza del risultato elettorale – esito negativo – annullamento delle operazioni elettorali e della proclamazione degli eletti (Art. 41, D.p.r. 570/1960).

Sono inefficaci le preferenze per candidati consiglieri di una lista diversa da quella del candidato sindaco votato in una elezione in un comune con popolazione sino a 15 mila abitanti (1).

Vanno annullate le operazioni elettorali e la proclamazione degli eletti qualora, ai fini del risultato dello scrutinio nell'elezione in un comune con popolazione sino a 15 mila abitanti, risultino decisivi i voti espressi secondo la procedura di ammissione al voto assistito se l'infermità fisica alla base di tale ammissione sia stata attestata da un medico in relazione di parentela con un candidato (2).

(...Omissis...)

Il ricorso in esame è rivolto avverso le operazioni elettorali per l'elezione del Sindaco ed il rinnovo del Consiglio comunale di Portofino ed il conseguente provvedimento di proclamazione degli eletti.

Deve essere esaminato preliminarmente il secondo motivo. Il motivo è infondato.

L'art. 57, comma 7 d.p.r. 16 maggio 1960 n. 570 infatti stabilisce: "Sono inefficaci le preferenze per candidati compresi in una lista diversa da quella votata".

La norma è chiara nello stabilire, in presenza di voto cd disgiunto, la salvezza della manifestazione espressa con il crocsegno a scapito della manifestazione della preferenza che viene qualificata come inefficace.

È la norma stessa, in presenza di difficoltà nel risalire alla reale intenzione dell'elettore, a stabilire le conseguenze del voto disgiunto.

Di tale opzione legislativa non si può che prendere atto (C.S.V 28 febbraio 2006 n. 903).

Con il secondo motivo si lamenta l'illegittimità delle operazioni elettorali in quanto sarebbero stati ammessi al voto assistito n. 8 elettori sulla base della certificazione rilasciata dal dott. Fabrizio Ramasco, soggetto incompatibile ai sensi dell'art. 41 d.p.r. 16 maggio 2009 n. 570 in quanto fratello del sig. Paolo Ramasco candidato per la lista "Tutti insieme per Portofino".

Il motivo è fondato.

Devono essere svolte alcune osservazioni preliminari in ordine alla rilevanza della censura.

La modalità di espressione del voto assistito costituisce deroga ai principi costituzionali di personalità, libertà e segretezza del voto per cui tale modalità deve essere accompagnata da particolari garanzie (previste dall'art. 41 d.p.r. 570/1960), con la conseguenza che, ove tali garanzie non siano state rispettate, con illegittima ammissione al voto assistito, le relative espressioni di voto devono ritenersi nulle.

Non rileva, quindi, l'assenza di una specifica sanzione da parte dell'art. 41 d.p.r. 570/1960 per predicare la nullità dei

T.A.R. Liguria, sez. II, 23 ottobre 2009, n. 2973 – Pres. Di Sciascio – Est. Morbelli – D'Alessandro (Avv. Cocchi) c. Comune di Portofino (n. c.) e nei confronti di D'Alia, Devoto, Viacava M., Viacava R., Ramasco, De Barbieri, Lodi, Sanna (Avv.ti Alberti, Mozzati, Rossi); Gagliardi, Bernini, Emiliani, Porcile, Ciro Briola (n.c.).

voti espressi in violazione delle previsioni del citato articolo. Il rilascio dei certificati da parte di soggetto non abilitato, in quanto in rapporto di parentela con un candidato, quindi non costituisce mera irregolarità ma vizia integralmente la procedura.

Per quanto poi attiene alla rilevanza concreta della censura occorre evidenziare come lo scarto numerico tra la lista maggioritaria e la prima delle liste minoritarie sia limitato a soli quattro voti.

Ne consegue il superamento della cd. prova di resistenza atteso che la corretta espressione di n. 8 voti avrebbe potuto determinare un diverso esito della competizione elettorale. Precisato quanto sopra, occorre preliminarmente trascrivere il testo dell'art. 41 d.p.r. 570/1960 che regola la procedura per l'ammissione al voto assistito.

L'art. 41 stabilisce: "Il voto è dato dall'elettore presentandosi personalmente all'Ufficio elettorale. I ciechi, gli amputati delle mani, gli affetti da paralisi o da altro impedimento di analoga gravità esercitano il diritto elettorale con l'aiuto di un elettore della propria famiglia o, in mancanza, di un altro elettore, che sia stato volontariamente scelto come accompagnatore, purché l'uno o l'altro sia iscritto in un qualsiasi Comune della Repubblica. Nessun elettore può esercitare la funzione di accompagnatore per più di un invalido. Sul suo certificato elettorale è fatta apposita annotazione dal presidente del seggio, nel quale ha assolto tale compito. I presidenti di seggio devono richiedere agli accompagnatori il certificato elettorale, per constatare se hanno già in precedenza esercitato la funzione predetta. L'accompagnatore consegna il certificato dell'elettore accompagnato; il presidente del seggio accerta, con apposita interpellazione, se l'elettore abbia scelto liberamente il suo accompagnatore e ne conosca il nome e cognome, e registra nel verbale, a parte, questo modo di votazione, indicando il motivo specifico di questa assistenza nella votazione, il nome dell'autorità sanitaria che abbia eventualmente accertato l'impedimento ed il nome e cognome dell'accompagnatore. Il certificato medico eventualmente esibito è allegato al verbale. I certificati medici possono essere rilasciati soltanto dai funzionari medici designati dai competenti organi dell'unità sanitaria locale; i designati non possono essere candidati né parenti fino al quarto grado di candidati. Detti certificati debbono attestare che la infermità fisica impedisce all'elettore di esprimere il voto senza l'aiuto di altro elettore; i certificati stessi devono essere rilasciati immediatamente e gratuitamente, nonché in esenzione da qualsiasi diritto od applicazione di marche. L'annotazione del diritto al voto assistito, di cui al secondo comma, è inserita, su richiesta dell'interessato, corredata della relativa documentazione, a cura del Comune di iscrizione elettorale, mediante apposizione di un corrispondente simbolo o codice, nella tessera elettorale personale, nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di riservatezza personale ed in particolare della legge 31 dicembre 1996, n. 675, e successive modificazioni."

La norma è chiara nello stabilire che i certificati medici possono essere rilasciati solo da funzionari medici che non siano candidati ovvero in relazione di parentela con candidati.

Pertanto, la certificazione rilasciata da soggetti non funzionari medici ovvero da soggetti incompatibili, non può essere tenuta in considerazione per ammettere l'elettore al voto assistito.

Illegittimamente, quindi, gli otto elettori sono stati ammessi al voto assistito, con conseguente nullità della relativa espressione di voto.

Tale conclusione resiste alle argomentazioni difensive dei controinteressati ed è supportata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato.

I controinteressati sostengono che la certificazione medica non costituisce l'elemento o requisito determinante per accedere al voto assistito, in quanto il presidente di seggio sarebbe comunque tenuto alla cd verifica empirica dell'impedimento che solo tale verifica empirica giustifica l'ammissione a tale modalità alternativa di espressione del voto.

La tesi non pare persuasiva.

Deve, infatti, rilevarsi come una corrente giurisprudenziale escluda che il presidente di seggio sia tenuto, in presenza di idonea certificazione, alla verifica empirica atteso che tale accertamento sarebbe già stato compiuto nell'esercizio della propria competenza tecnica dal titolare dell'organo pubblico che si è anche assunto la relativa responsabilità (C.S. 31.1.2007 n. 387, C.S. V 17.2.2006 n. 626, C.S. V 14.11.2006 n. 6685,).

In questo ordine di idee all'illegittimità della certificazione fa riscontro l'illegittimità dell'ammissione al voto assistito con conseguente nullità delle relative espressioni di voto.

Tuttavia anche ad accedere all'orientamento tradizionale, codificato nei suoi principi ispiratori dalla decisione del C.S.V 30.6.1997 n. 768, e ripreso dalle successive C.S.V 1.12.2003 n. 7834 e C.S.V 7.11.2007 n. 5746, l'esito non cambia.

(...*Omissis*...)

Nel caso di specie, nelle certificazioni, acquisite ad esito dell'istruttoria, relative ai sigg.ri C., R., P., C., G., R., risulta espressamente attestato che "le menomazioni rendono necessaria la presenza di un accompagnatore per esercitare il diritto di voto assistito". Le stesse certificazioni evidenziano anche che la "suddetta valutazione ha carattere permanente e può essere attestata dall'applicazione della sigla AVD sulla Tessera Elettorale".

Solo relativamente alla sig.ra B. la certificazione attesta che le menomazioni rendono necessario accedere mediante sedia in altra sezione del Comune, esente da barriere architettoniche e con caratteristiche di cui all'art. 2 della legge 15/1/1991 n. 15 per poter esercitare il diritto di voto. Ne consegue la vincolatività, per il Presidente di seggio, delle certificazioni relative ai sigg.ri C., R., P., C., G., R.

Ma anche ad ammettere che si trattasse di impedimento analogo, per il quale il Presidente del seggio può esperire la prova empirica, giova rilevare come tale prova empirica, nel caso di specie, come dimostra la circostanza che a verbale nulla risulti, non sia stata effettuata.

Sulla necessaria verbalizzazione della prova empirica il Consiglio di Stato ha espresso l'avviso secondo il quale: "nel procedimento di voto assistito è necessaria una corretta e puntuale verbalizzazione per quel che concerne in particolare la prova empirica che al Presidente del seggio, pur in carenza della cognizione tecnica medica, si richiede affinché valuti se l'impedimento lamentato dall'elettore rientri o meno tra quelli previsti dalla legge e se in caso di "ipotesi innominate" la circostanza sia di tale gravità da determinare un impedimento paragonabile alle ipotesi nominate" (C.S.V 1.12.2003 n. 7834).

La stessa pronuncia esclude che la prova empirica possa poi darsi, in assenza di apposita verbalizzazione, per così dire "per sottintesa" affermando esplicitamente che "né può in alcun modo condividersi l'affermazione dei primi giudici secondo cui nel verbale delle operazioni elettorali va dato atto della verifica empirica solo ove emergano palesi incongruità tra

quanto certificato (nella specie, per di più, con “diagnosi non riportata”, come da verbale) e le condizioni fisiche, obiettivamente riscontrabili, dell’elettore”.

In definitiva risulta che il presidente di seggio abbia recepito le risultanze della certificazione rilasciata dal dott. Ramasco, senza ulteriori accertamenti o prove empiriche di sorta.

Addirittura la sig.ra B. è stata ammessa al voto assistito sulla semplice base della certificazione rilasciata dal dott. Ramasco, senza, peraltro, che la certificazione attestasse la necessità di accedere al voto assistito e senza che risulti l’effettuazione di alcuna prova empirica.

Poiché, tuttavia, per le ragioni sopra espresse - derivanti dall’incompatibilità del dott. Ramasco derivante dal vincolo di parentela con il candidato Ramasco - le certificazioni prodotte non erano idonee a consentire l’ammissione al voto assistito, illegittimamente al voto assistito sono stati ammessi n. 8 elettori le cui espressioni di voto sono nulle.

Irrilevanti sul punto appaiono le osservazioni difensive dei controinteressati in ordine alla non impugnazione dell’atto di designazione da parte dell’ASL ovvero alla circostanza che il dott. Ramasco sia l’unico esercente la medicina generale in Portofino.

Merita, inoltre, rilevare come la riscontrata situazione di incompatibilità del dott. Ramasco avrebbe potuto facilmente essere riscontrata attesa l’identità del cognome e le dimensioni contenute della popolazione e del territorio comunale. Alla luce delle suesposte considerazioni deve, infine, essere disattesa l’istanza istruttoria formulata dai controinteressati.

Si è già dato conto di come il rilascio dei certificati da parte di soggetto incompatibile non costituisca mera irregolarità, non potendosi conseguentemente applicare il principio della strumentalità delle forme.

Da ultimo non trova applicazione al caso di specie l’art. 21-*octies* l. 241/90.

Viene, infatti, richiesta una verifica che dovrebbe surrogare il vizio dei certificati medici e la mancata effettuazione della prova empirica da parte del Presidente del seggio. È evidente che la necessità di una verifica esclude la “palese” evidenza che il contenuto dispositivo dell’atto impugnato non poteva essere diverso dal quello adottato.

In conclusione il ricorso in esame deve essere accolto con conseguente annullamento delle operazioni elettorali e della relativa proclamazione degli eletti.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in positivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e per l’effetto annulla le operazioni elettorali del Comune di Portofino e del relativo provvedimento di proclamazione degli eletti.

Condanna il Comune di Portofino, ed i controinteressati, in solido tra loro, al pagamento in favore del ricorrente delle spese di giudizio che si liquidano in complessivi € 5000, 00 (cinquemila/00) oltre IVA e CPA. (... *Omissis*...)

(1-2) Nulle per il TAR le elezioni comunali a Portofino.

1. Il 6-7 giugno 2009 la Lista Civica “Portofino Tuttiinsieme” vinceva le consultazioni elettorali amministrative per

l’elezione del Sindaco ed il rinnovo del Consiglio comunale di Portofino, portando Giorgio D’Alia ad aggiudicarsi la poltrona di sindaco del comune, col 50,4% dei voti, a fronte del 49,3% dei suffragi presi dal più diretto avversario, Roberto D’Alessandro, candidato della Lista Civica “Uniti per Portofino”.

Già nei giorni immediatamente successivi al conteggio era parsa del tutto plausibile agli operatori del settore l’ipotesi che, del delicato compito di valutare l’irreprensibilità degli esiti del voto, sarebbero stati presto investiti gli organi giudiziari, come del resto con una certa probabilità accade quando la consultazione tiene «con il fiato sospeso fino all’ultima scheda (1)», per di più, in circoscrizioni “tanto” piccole (in cui dunque è facile che le voci circolino e le indiscrezioni trapelino...) e di “tanto” prestigio (dove quindi gli interessi in campo sono cospicui). Ed infatti così è stato, visto e considerato che, a poco più di due settimane dalle elezioni (il 25 giugno 2009), parte perdente ha presentato ricorso, impugnando le operazioni elettorali, segnatamente, il provvedimento di proclamazione degli eletti, lamentando il mancato rispetto, in primo luogo, delle regole presidianti l’esercizio del voto c.d. “assistito” in quanto i certificati medici attestanti l’infermità, alla base dell’ammissione di otto elettori a questo tipo di procedura di voto, sarebbero stati redatti da un medico, fratello di uno dei candidati delle liste avversarie, versante dunque in una situazione di incompatibilità; e, secondariamente, per la presa in carico, in sede di conteggio, di quattro schede contenenti espressioni di voto c.d. “disgiunto”, ritenendo che esse sarebbero dovute essere invalidate. Il giudice amministrativo, sulla base di quanto prevede la norma che consente il rilascio delle predette certificazioni “soltanto” nei confronti di “funzionari medici designati dai competenti organi dell’unità sanitaria locale”, che non siano “candidati” ma nemmeno in relazione di parentela “fino al quarto grado di candidati” (così l’art. 41 del D.p.r. n. 570/1960), ha accolto il primo motivo di ricorso, ritenendo illegittima l’ammissione al voto assistito degli elettori che avevano ottenuto l’attestazione perché prodotta da un soggetto “incompatibile” (o forse sarebbe meglio dire “impedito”, a questo tipo di operazione, dalla legge) in quanto fratello del candidato per la lista di una delle liste in competizione. A diverso approdo è invece giunto il T.A.R. Liguria, rispetto all’altro motivo di ricorso, sulla scorta, peraltro, di un orientamento giurisprudenziale consolidato (al proposito, viene citato Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2006 n. 903), dato che è la stessa normativa a stabilire, in caso di “voto disgiunto” (ovvero, come osserva il giudice, «in presenza di difficoltà nel risalire alla reale intenzione dell’elettore») la salvezza della manifestazione di voto espressa per la lista, sancendo invece l’“inefficacia” delle preferenze espresse dagli elettori “per candidati compresi in una lista diversa da quella votata” (così l’art. 57, 7° comma 7, D.p.r. n. 570/1960).

2. Come subito si vedrà, tuttavia, all’univocità della normativa nello stabilire gli esiti del voto disgiunto non pare corrispondere altrettanta chiarezza circa le conseguenze derivanti dal rilascio di certificazioni da parte di soggetti “inidonei”, rivelandosi anzi la relativa disciplina del tutto silente al riguardo. Nondimeno, trovatosi a dover comunque individuare la sanzione irrogabile nel caso in esame, il giudice amministrativo ha innanzitutto testato la rilevanza in concreto della censura, praticando la c.d. “prova di resistenza”, verificando l’effettiva decisività delle schede contestate sull’esito dell’elezione.

Appurato quindi che lo scarto numerico tra la lista maggio-

ritaria e la prima delle liste minoritarie era limitato a soli quattro voti (191 a 187 suffragi), e che dunque la corretta espressione degli otto suffragi espletati con assistenza avrebbe potuto determinare un diverso esito della competizione elettorale, il giudice, ha concentrato la propria attenzione in altra direzione. Specificamente, ha considerato il voto assistito alla stregua di una vera e propria «deroga» ai principi costituzionali di personalità, libertà e segretezza del voto, ricavandone da ciò che «tale modalità deve essere accompagnata da particolari garanzie», ritenendo che queste ultime a loro volta non potrebbero non essere sostenute dal più adeguato apparato sanzionatorio. Così argomentando, il giudice ha finito per ritenere «irrelevante» «l'assenza di una specifica sanzione» da parte dell'impianto normativo in questione, giungendo infine ad affermare la nullità dei voti espressi in violazione delle regole sul voto assistito, e procedendo, conseguentemente, all'annullamento delle operazioni elettorali e della relativa proclamazione degli eletti.

Ora, anche senza voler mettere in campo la più generale questione inerente al principio della tassatività dei casi di nullità, preme qui richiamare l'attenzione, sia pur in modo necessariamente sommario, su alcuni punti «nodali» del «metodo interpretativo» seguito per arrivare all'applicazione di una «norma» (*rectius*: «prescrizione») priva, almeno *ictu oculi*, di sanzione. Particolarmente, sulla valorizzazione, da parte dell'organo giudicante, per via teleologico-sistematica, di principi di rango costituzionale e la deduzione in via giurisprudenziale, per la loro garanzia, della più radicale delle sanzioni di natura amministrativa. Mentre dalle argomentazioni del giudice non è dato sapere quanto, su questo tipo di soluzione, abbia influito l'interpretazione analogica dell'ipotesi di vera e propria inesistenza che parrebbe di potersi più agevolmente individuare in presenza dell'altro caso previsto dalla normativa, di rilascio di certificati attestanti l'infermità da parte di soggetti «non medici». Come che sia, significativo è il fatto per cui della delicatezza di questo tipo di operazione ermeneutica, il giudice, nella pronuncia in commento, dimostra piena consapevolezza, col richiamare a supporto la giurisprudenza del Consiglio di Stato (pur senza fornire alcuna decisione specifica del supremo consesso al riguardo). Si è però già accennato all'opportunità, per meglio comprenderne le varie sfaccettature, di affrontare il caso in esame in un'ottica più pragmatica. In tal senso, emerge infatti come il ricorso al radicale rimedio della «nullità» del voto si sia rivelato funzionale a mettere fuori gioco quelle ipotesi – più o meno esplicitamente prospettate, da parte ricorrente, con l'invocare l'espletamento di poteri istruttori ed il «ri-conteggio» da parte del giudice delle schede – di intervento dell'organo giudicante *ad corrigendum*, a verifica, cioè, ed eventuale modificazione, del risultato elettorale. In particolare, muovendo in quest'ottica il giudice è stato chiamato a farsi carico dell'accertamento della volontà dei votanti, ricorrendo se (e sin dove) possibile al «principio di strumentalità delle forme», stante la vigenza della «segretezza del voto»; per diverso profilo, allo stesso giudice si è chiesto di verificare l'effettiva presenza di un'infermità fisica tale da impedire all'elettore di esprimere il voto senza l'aiuto di un altro elettore, eventualmente presumendo, può immaginarsi, «*in malam partem*» l'esito del voto espresso dagli elettori indebitamente «accompagnati», riversandone, se del caso, automaticamente gli esiti a favore del candidato secondo arrivato.

Ora, è possibile pensare che il giudice amministrativo abbia ritenuto che il percorrimiento di questo tipo di prospettazioni si sarebbe potuto rivelare peggiore del male, presentando il

rischio di compromettere, *in primis*, la libertà di voto degli elettori. In tutti i casi, poi, si può immaginare che l'assenza di soluzioni chiaramente prospettate dalla normativa, tale da porre l'alternativa tra decisioni di forte impatto manipolativo del risultato elettorale e l'azzeramento degli esiti della consultazione, abbia fatto persuaso il giudice a ridare la parola al corpo elettorale, reputandosi, come anticipato, l'inosservanza della normativa in parola, un vizio idoneo ad inficiare integralmente la procedura.

3. Qualche breve notazione merita a questo punto la figura del presidente del seggio elettorale, al cui ruolo viene dato risalto dalla corrente giurisprudenziale più tradizionale, ed attribuito invece poco peso da parte di un altro filone giurisprudenziale, con implicazioni, come stiamo per vedere, di non poco momento, sugli equilibri complessivi del sistema. Così, un primo orientamento è favorevole al riconoscimento, in capo al presidente del seggio, di ampi poteri, idonei, al limite, a sostituire o riformare le attestazioni mediche là dove esse manchino o risultino, sulla base delle «verifiche empiriche», fallaci (v. Cons. St., sez. V, sent. 30 giugno 1997, n. 768, e succ., Cons. St., sez. V, sent. 1° dicembre 2003, n. 7834; e Cons. St., sez. V, 7 novembre 2007, n. 5746). In quest'ottica si è portati dunque a ritenere, come peraltro emerge dalle prospettazioni di parte controinteressata, che la certificazione medica non costituisca un requisito determinante per accedere al voto assistito, stimandosi che sia in fondo la «verifica empirica» dell'impedimento espletata dal presidente di seggio a giustificare l'ammissione a tale modalità alternativa di espressione del voto, anche sanando eventuali irregolarità.

La seconda tesi, invece, esclude qualunque potere del presidente di seggio di intervenire in punto di verifica dell'infermità, reputando che esso debba limitarsi a prendere atto e a dar seguito a quanto attestato da parte medica, atteso che tale accertamento sarebbe già stato compiuto nell'esercizio della propria competenza tecnica dal titolare dell'organo pubblico che se ne assume la relativa responsabilità (v. Cons. St., sez. V, 31 gennaio 2007, n. 387; Cons. St., sez. V, 17 febbraio 2006, n. 626; e Cons. St., sez. V, 14 novembre 2006, n. 6685). Sicché ciò che se ne ricava sposando tale approccio è una situazione pressoché ribaltata rispetto alla precedente, in cui la capacità d'azione del presidente del seggio risulta assai circoscritta, a tutto vantaggio dell'espansione di quella del funzionario medico, la cui attestazione risulta l'elemento necessario e sufficiente per l'espletamento del voto assistito.

È comunque significativo il fatto per cui, come non manca di evidenziare il T.A.R. Liguria, nel caso di specie, qualunque prospettiva intenda sposarsi, «l'esito non cambia», dato che alla situazione di «incompatibilità» del medico ha fatto da sponda il Presidente di seggio, il quale, come comprovato dai verbali, si sarebbe limitato a recepire le risultanze della certificazione rilasciata dal funzionario medico senza ulteriori accertamenti o prove empiriche di sorta. Sicché in fondo sono risultati mancare i presupposti legali di «abilitazione» alla produzione di certificazioni valide ed efficaci, sia «in negativo» del funzionario medico per incompatibilità, sia «in positivo» del Presidente del seggio per un possibile intervento «sanante» dell'invalidità di queste ultime. Mentre dal canto suo, il giudice amministrativo, innanzi alla mancanza di «palese» evidenza che il contenuto dispositivo dell'atto impugnato non poteva essere diverso da quello adottato», dimostrata dalla necessità di procedere ad una verifica

«che dovrebbe surrogare il vizio dei certificati medici e la mancata effettuazione della prova empirica da parte del Presidente del seggio», ha ritenuto di non poter nemmeno applicare l'art. 21-*octies* della legge n. 241/90.

Ma, tornando sulla liena principale del discorso, al di là del mancato espletamento di “verifiche empiriche” il cui compimento, del resto, come s'è visto, è piuttosto controverso sul piano teorico, nonché improbabile, specie nella sua portata massima, all'atto pratico, vi sono altri profili dell'attività svolta dal presidente del seggio che, come non manca di segnalare lo stesso organo decidente, destano qualche perplessità.

Ci riferiamo, in particolare, all'ammissione *de plano* di elettori (uno per la precisione), al voto assistito, non solo sulla semplice base della certificazione medica, ma «addirittura(2)» senza che la stessa certificazione attestasse la necessità di accedere al voto assistito, per cui tralasciando l'idea che l'elettore avrebbe dunque forse potuto votare da solo, interessa qui segnalare come il T.A.R. Liguria riconosca che, in questo caso, la prova empirica presidenziale sarebbe stata, se possibile, ancora più necessaria per poter ammettere che si trattasse quanto meno di “impedimento analogo” (*ex art. 41, D.p.r. n. 570/1960*) a quelli previsti espressamente dalla normativa(3). Anche se decisivo, in quanto capace di mettere d'accordo tutte le tesi chiamate qui in causa sull'estensione dei poteri presidenziali, è il rilievo per cui nel caso di specie la riscontrata situazione di incompatibilità sarebbe potuta essere facilmente verificata dal presidente del seggio, senza dover ricorrere all'espletamento di particolari attività istruttorie, «attesa l'identità del cognome e le dimensioni contenute della popolazione e del territorio comunale».

4. A “completamento” del quadro, sia pur per sommi capi descritto, si rende ora opportuno, conclusivamente, tornare a focalizzare l'attenzione sulla *ratio* del complessivo impianto normativo, per rilevare, in particolare, come, prima ancora di porre le condizioni di rilascio delle attestazioni di infermità (ferme le quali, come abbiamo visto, è avvenuta la sussunzione della fattispecie in oggetto ed il conseguente accoglimento del ricorso), l'art. 41 del D.p.r. 570/1960 si preoccupi di disciplinare la procedura per l'ammissione al voto assistito, stabilendo, specificamente, che questo sia esercitato dal soggetto infermo “con l'aiuto di un elettore della propria famiglia o, in mancanza, di un altro elettore, che sia stato volontariamente scelto come accompagnatore, purché l'uno o l'altro sia iscritto in un qualsiasi Comune della Repubblica”. Tale normativa rinviene all'evidenza la sua *ratio* nella volontà di evitare il rischio di inquinamento della libertà di voto dell'elettore assistito. Tuttavia, un primo spunto di riflessione è dato dalla constatazione per cui alla base del disposto si trovano comunque presunzioni di tipo assoluto (ossia che l'elettore si senta di dover manifestare una qualche forma di riconoscenza verso chi gli permetta l'espressione del voto e che il medico certificatore tenda a favorire il candidato “parente”); anche se, per vero, questo rischio sembrerebbe di assai minor portata sui “grandi numeri”(4) tipici delle elezioni

politiche (dove parimenti vige questa disciplina(5)). In ogni tipo di elezione, tuttavia, è rilevabile anche il fatto che il votante infermo è comunque “assistito” da persone da lui stesso prescelte (non, dunque, dal medico attestante l'infermità...), quindi di sua personale fiducia, protette anch'esse dallo schermo della segretezza del voto, messe insomma nella condizione di votare secondo quanto impartito dal titolare del suffragio.

Se si condividono queste osservazioni, potrebbe dunque giustificarsi l'idea di un “eccesso” di cautela, non privo peraltro di qualche incongruità^{vi}, da parte del legislatore, cui fa paradossalmente (o *pour cause?*) riscontro un “difetto” sul piano sanzionatorio come la pronuncia in commento dovrebbe aver evidenziato. Sicché ci pare che la vicenda segnali l'opportunità di un intervento di “perfezionamento” dell'impianto normativo in questione, nella parte sanzionatoria come in quella “sostanziale”, fermo restando l'assoluta condivisibilità di qualsiasi sistema teso ad assicurare la libertà del voto o di quel poco che al momento resta ancora nella disponibilità dell'elettore per esercitare una sua funzione fondamentale in un ordinamento democratico.

Lara Trucco

Note:

(1) Così nel SecoloXIX.it dell'8 giugno 2008, *Vaccarezza a Lavagna, De Marchi a “Santa”, D'Alia a Portofino, Capurro a Recco* (in <http://ilsecoloxix.ilsole24ore.com/>).

(2) Così il giudice amministrativo nella decisione che si annota.

(3) Diversamente, il giudice amministrativo rileva come nelle certificazioni (acquisite ad esito dell'istruttoria) relative agli altri elettori beneficiari di assistenza si trovasse espressamente attestato che “le menomazioni [rendevano] necessaria la presenza di un accompagnatore per esercitare il diritto di voto assistito”, evidenziando altresì come la “suddetta valutazione [avesse] carattere permanente e [potesse] essere attestata dall'applicazione della sigla AVD sulla Tessera Elettorale”.

(4) È possibile infatti ritenere che sui “grandi numeri” l'elettore infermo si senta meno vincolato anche per le minori probabilità che possa “disvelarsi” la mancata attribuzione di voti “di gratitudine” nel caso (più probabilmente inverabile in contesti elettorali piccoli, “contenenti”, come il comune di Portofino, poche unità di elettori) in cui il candidato parente del medico che ha reso possibile l'esplicarsi del suffragio non prenda alcun voto.

(5) V. l'art. 56, 1° comma, del D.p.r. 30 marzo 1957, n. 361.

(6) Alla rigiosità, infatti, della normativa, nel prevedere ipotesi “di incompatibilità” sul versante dei soggetti “attestanti” l'infermità del votante non pare corrispondere analoga attenzione sul versante dei soggetti “accompagnatori”, potendo, questi, essere “volontariamente” scelti dal titolare del suffragio, pur presentando un rapporto di parentela con un qualche candidato, nonché, più in generale, un qualche interesse indiretto ed a ben vedere pure diretto (potendo, a tenore della norma, essere, – loro sì! – candidati), magari all'insaputa del titolare del voto e senza che questi sia nelle condizioni di poterne controllare l'agire nella cabina elettorale, proprio a causa della propria patologia.

Massime

T.A.R. Liguria, sez. II, 1° ottobre 2009, n. 146 – Pres. Di Sciascio – Est. Vitali - Guido Bonino e Raffaele Pilla (Avv. Granara) c. Sottocommissione Elettorale Circondariale di Cairo Montenotte (non costituita in giudizio); Adunanza dei Presidenti delle Sezioni Elettorali del Comune di Cengio (non costituita in giudizio); Comune di Cengio (non costituito in giudizio); Ministero dell'Interno, in persona del Ministro pro tempore, e Prefettura di Savona, in persona del Prefetto pro tempore (avv. Stato) e nei confronti di Ezio Billa, (Avv.ti Aglietto e Mazza) et alii (non costituiti in giudizio).

ELEZIONI comunali -ineleggibilità -sindaco - ineleggibilità a sindaco anche dei consiglieri comunali in carica in altri Comuni stante l'appartenenza del sindaco al consiglio comunale e la sua partecipazione alle relative funzioni.

(art. 60, comma 1, n. 12, D.Lgs. n. 267 del 2000)

ELEZIONI comunali - ineleggibilità - comuni con popolazione inferiore ai 15.000 abitanti - ineleggibilità a sindaco anche dei consiglieri comunali in carica in altri Comuni stante l'appartenenza del sindaco al consiglio comunale e la sua partecipazione alle relative funzioni - impossibilità per la Commissione elettorale circondariale di ricusare le liste collegate al candidato sindaco ineleggibile entro il giorno successivo alla presentazione delle stesse - questione di costituzionalità - rilevanza - non manifesta infondatezza - sollevazione.

(Costituzione, artt. 3, 48, comma 2, 51, comma 1, e 97; d.p.r. n. 570 del 1960, artt. 30 e 33; d.lgs. n. 267 del 2000, art. 41)

È ineleggibile alla carica di sindaco chi sia consigliere in carica di altro Comune stante l'appartenenza anche del sindaco al consiglio comunale e la sua partecipazione alle relative funzioni.

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità degli artt. 30 e 33 del D.P.R. 16.5.1960, n. 570, nella parte in cui non prevedono che la Commissione elettorale circondariale, entro il giorno successivo a quello - rispettivamente - della presentazione delle candidature e della presentazione delle liste, elimini i nomi dei candidati alla carica di sindaco a carico dei quali viene accertata la sussistenza della condizione di ineleggibilità di cui all'art. 60 comma 1 n. 12 del D. Lgs. 18.8.2000, n. 267 e ricusi le liste collegate agli stessi, per contrasto con gli artt. 3, 48 comma 2, 51 comma 1 e 97 Cost.

Corte costituzionale, 14 luglio 2009, n. 214 – Pres. Amirante - Est. Mazzella.

LAVORO - Apposizione di un termine al contratto di lavoro subordinato per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo - Abrogazione della legge che consentiva l'apposizione del termine per le assunzioni operate per sostituire lavoratori assenti dei quali era indicato nel contratto a termine il nome - Eccesso di delega - Violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario - Insussistenza - Infondatezza della questione.

LAVORO - Possibilità di apposizione di un termine alla du-

rata del contratto di lavoro subordinato per le assunzioni da parte di imprese concessionarie di servizi postali nei limiti indicati nella legge - Disparità di trattamento - Incidenza sulle funzioni del potere giudiziario - Insussistenza - Infondatezza della questione.

LAVORO - Apposizione indebita di un termine alla durata dei contratti di lavoro subordinato - Previsione per i soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della nuova disciplina dell'obbligo d'indennizzo a favore dei lavoratori - Disparità di trattamento - Violazione dei vincoli derivanti dalla normativa comunitaria e degli obblighi discendenti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo - Insufficiente motivazione sulla rilevanza - Difetto di rilevanza - Inammissibilità delle questioni.

LAVORO - Previsione per i soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della nuova disciplina dell'obbligo d'indennizzo a favore dei lavoratori - Disparità di trattamento - Insussistenza - Illegittimità costituzionale - Assorbimento degli ulteriori profili d'incostituzionalità.

È infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, c. 1, e 11, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, in riferimento agli artt. 76, 77 e 117, c. 1., Cost., nella parte in cui consentono di apporre un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere produttivo, tecnico, organizzativo o sostitutivo e abrogano la legge che consentiva l'apposizione del termine solo per sostituire lavoratori assenti dei quali era indicato il nome nel contratto a termine (Cost. artt. 76, 77, 117 c. 1; direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999; d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, artt. 1, c. 1, e 38)

È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1-bis, del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, inserito dall'art. 1, comma 558, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, in riferimento agli artt. 3, c. 1, 101, 102 e 104 Cost., nella parte in cui consente di apporre un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato se l'assunzione è effettuata da imprese concessionarie di servizi postali nei limiti indicati dalla legge (Cost. artt. 3, 101, 102 e 104; direttiva 1997/67/CE del 15 dicembre 1997; d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261; d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, art. 2, c. 1-bis)

Sono inammissibili, per insufficiente motivazione e per difetto di motivazione in ordine alla rilevanza, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, in riferimento agli artt. 3, 24, 111, e 117, c. 1 (in relazione all'art. 6 della CEDU), Cost., nella parte in cui stabilisce, in caso di indebita apposizione di un termine al contratto di lavoro, l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere al lavoratore un indennizzo solo per i giudizi in corso all'entrata in vigore della nuova disciplina (Cost. artt. 3, 24, 11 e 117, c. 1; Convenzione europea dei diritti dell'uomo, art. 6; d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, art. 4-bis)

È costituzionalmente illegittimo, in riferimento all'art. 3 Cost., l'art. 4-bis del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, in quanto stabilisce, in caso di indebita apposizione di un termine al contratto di lavoro, l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere al lavoratore un indennizzo solo per i giudizi in corso all'entrata in vigore della nuova disciplina, così determinando un'irragionevole discriminazione fra situazioni di fatto identiche (Cost. artt. 3, 24, 11 e 117, c. 1; art. 6; d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, art. 4-bis)

Sezione di diritto tributario

Massime

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. I, 17 giugno 2009, n. 180 - Pres. Di Noto - Rel. Bruni - P.R. (Dott. Airenti e Dott.ssa Ratto) c. Agenzia delle Entrate Ufficio di Genova 2.

ACCERTAMENTO - cessione di ramo d'azienda - valore - prezzo.

Il valore di un bene ed il corrispettivo dello stesso sono entità concettualmente distinte non omogenee, che rispondono a precise e distinte finalità. Il valore di un ramo d'azienda ai fini dell'imposta di registro, pertanto, costituisce per l'Amministrazione finanziaria un indizio per procedere all'accertamento del corrispettivo di vendita dello stesso bene, ma nulla di più.

F.C.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. I, 19 marzo 2009, n. 47 - Pres. Schito - Rel. Glendi - M.R. (Avv. Alessandra Bogliolo) c. Agenzia delle Entrate Ufficio di Savona.

ACCERTAMENTO - valore - criteri di valutazione - tassazione della plusvalenza - prezzo - onere della prova.

L'Amministrazione può avvalersi di precedenti accertamenti di valore degli stessi fatti economici effettuati ai fini dell'applicazione di altri tributi, quando le singole leggi d'imposta non stabiliscono differenti criteri di valutazione, per cui se l'Agenzia ha rettificato il valore ai fini dell'imposta di registro con atto notificato (e, nella specie, definito dall'acquirente), non si vede perché non possa utilizzarlo anche ai fini della tassazione della plusvalenza. Tuttavia, non può essere preclusa al venditore la possibilità di dimostrare che il prezzo della cessione è stato di fatto inferiore al valore di mercato del bene.

F.C.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XII, 9 aprile 2009, n. 103 - Pres. Fenizia - Rel. Ciuffarella.

ACCERTAMENTO - mancato invito al contraddittorio per la definizione in via di adesione - annullamento dell'atto di accertamento - sussistenza.

Avendo l'Ufficio l'obbligo di convocare ritualmente il contribuente per definire con adesione l'accertamento a lui notificato, tale accertamento deve essere annullato, in quanto viziato ab origine, qualora il contribuente, avendo fatto richiesta di accertamento con adesione, non abbia ricevuto l'invito a comparire, avendo l'Ufficio inoltrato la relativa comunicazione ad un indirizzo e-mail sbagliato, pur essendo in possesso degli estremi dell'indirizzo corretto a cui poterla inviare.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. IV, 20 gennaio 2009, n. 4 - Pres. Schito - Rel. Glendi.

AUTOTUTELA - diniego della relativa istanza - impugnabilità - sussistenza.

AUTOTUTELA - vizio oggettivo dell'atto di accertamento idoneo ad inficiare la riferibilità al contribuente dell'indagine accertativa - istanza di autotutela per l'annullamento della cartella - diniego - illegittimità - annullamento - obbligo dell'Ufficio a provvedere sull'istanza - sussistenza.

Sono devolute al sindacato del giudice tributario le controversie relative all'esercizio di atti di autotutela tributaria in quanto, attraverso un'interpretazione non restrittiva dell'elencazione di cui all'art. 19, D.Lgs. n. 546/92, è possibile ricomprendere tra gli atti impugnabili anche gli atti che hanno un contenuto provvedimentale e di cui per legge è previsto il sindacato giurisdizionale.

Il sindacato del giudice tributario sul diniego manifestato dall'Amministrazione finanziaria in relazione all'istanza di autotutela formulata dal contribuente può esercitarsi soltanto sulla legittimità dell'esercizio del relativo potere da parte della P.A. non potendo investire la fondatezza della sottostante pretesa tributaria.

Conseguentemente, essendo emerso all'esito della verifica che l'Amministrazione finanziaria aveva omissso di esaminare talune delle doglianze formulate dal ricorrente che avrebbero potuto portare a risultati diversi da quelli emersi come conseguenza dell'attività accertativa (nella specie il contribuente lamentò che fossero stati accertati maggiori redditi sulla base dell'erronea applicazione degli studi di settore, realizzatasi attraverso l'utilizzo di un codice aziendale errato, non rispondente all'attività da lui effettivamente esercitata, facendolo in tal modo risultare incongruo) l'atto impugnato deve essere annullato.

A seguito del pronunciato annullamento grava sull'Amministrazione l'obbligo di riesaminare l'istanza e decidere con l'emissione di un nuovo provvedimento.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. II, 7 maggio 2009, n. 102 - Pres. Landolfi - Rel. Lomazzo.

AUTOTUTELA - rigetto istanza - tassatività elenco atti impugnabili ex art. 19 D.Lgs. 546/92 - inammissibilità del ricorso - insussistenza.

Vero che la decisione delle SS.UU., n. 2870 depositata il 6.02.2009, ha affermato l'inammissibilità del ricorso avverso provvedimento espresso di rigetto di istanza di autotutela, al fine di non ammettere un "inammissibile ingresso ad una controversia sulla legittimità di un atto impositivo oramai definitivo". Tuttavia, alla luce di quanto pure ritenuto dalle stesse SS.UU. con la sentenza n. 16776 del 9.06.05 (dep. 10.08.05) ed ancor più con la sentenza n. 7388 del 6.02.07 (dep. 27.03.07) si ritiene che il giudice tributario possa legittimamente pronunciarsi sul merito della controversia, limitandosi a giudicare circa la legittimità del "rifiuto a provvedere". Tanto poiché, come pure riconosciuto dall'ultima decisione della Suprema Corte, è da ritenere assodata la competenza del giudice tributario anche in tema di "rifiuto espresso o tacito di procedere ad autotutela", data la giurisdizione di carattere generale allo stesso affidata in materia tributaria (estesa alla tutela degli interessi legittimi), a seguito della riforma introdotta con l'art. 12 della L. 448/2001. In concreto detto esame di legittimità non potrà mai tramutarsi in una vera e propria "so-

stituzione" del giudice all'amministrazione in valutazioni discrezionali, né nell'esercizio del potere di adottare il provvedimento stesso. Non è di ostacolo al giudizio neppure la non contestata natura tassativa dell'elencazione degli atti impugnabili, riportata all'art. 19 del D.Lgs n. 546/92 in quanto, secondo orientamento qualificato della Corte di Cassazione, detto principio ammette pur sempre la possibilità di una interpretazione estensiva della norma.

R.P.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. II, 17 aprile 2009, n. 89 - Pres. Zerilli, Rel. Caputo.

AVVISO DI ACCERTAMENTO - mancanza di motivazione - contribuente che ha esercitato diritto alla difesa in sede di contraddittorio e in sede di impugnativa - insussistenza.

AVVISO DI ACCERTAMENTO - violazione art. 62 sexes del D.L. n. 331/93 e conseguente art. 39 del D.P.R. n. 600/73 - esclusiva applicazione degli studi di settore - mancata verifica della reale situazione dell'attività aziendale - insussistenza.

AVVISO DI ACCERTAMENTO - violazione legge n. 241/1990 - nullità dell'atto - insussistenza.

La mancanza di motivazione dell'atto deve sempre essere ravvisata nell'ambito dell'avviso di accertamento. Qualora risulti evidente che il contribuente è stato in grado di comprendere e di esercitare il proprio diritto di difesa sia in sede di contraddittorio con l'Ufficio, sia in sede di contenzioso non può sussistere mancanza di motivazione dell'atto impugnato.

Risulta ormai consolidata la legittima applicazione dello strumento degli studi di settore, per la determinazione dei ricavi accertabili. Gli elementi salienti da porre a base e fondamento di tale procedimento, allo scopo della sua efficacia, sono riscontrabili nella presenza della gravità dello scostamento tra l'importo dichiarato e quello risultante dal calcolo dello "studio", nonché del cosiddetto contraddittorio tra il contribuente e l'ufficio, reso necessario per la ricerca di eventuali cause che potrebbero avere motivato la discordanza ed infine nell'attenta valutazione della realtà gestionale del contribuente. È peraltro legittima l'applicazione dell'art. 39 del DPR n. 600/73 da parte dell'Ufficio in presenza di gravi scostamenti tra i ricavi dichiarati dal contribuente e la risultanza scaturita dal calcolo degli studi di settore.

Non è causa di nullità dell'avviso di accertamento la mancata indicazione della data di compilazione, qualora l'atto risulti notificato nel termine dell'azione accertatrice demandata allo stesso Ufficio.

R.P.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. II, 21 maggio 2009, n. 127 - Pres. Landolfi - Rel. Caputo.

AVVISO DI ACCERTAMENTO - applicazione studi di settore - antieconomicità - indizio di evasione fiscale - onere della prova a carico del contribuente - sussistenza.

Qualora il risultato di esercizio, anche alla luce dei precedenti, sia rappresentativo di una gestione dell'attività viziata da antieconomicità, come ritenuto dalla Corte di Cassazione che sul punto si è più volte pronunciata, nelle situazioni di gestioni illogiche è ravvisabile l'indizio di evasione fiscale, per cui è onere del contribuente fornire la prova contraria.

R.P.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIII, 22 giugno 2009, n. 188 - Pres. Torti - Rel. Podestà - D.G.T. (Avv. Carretto) c. Concessionario Equitalia Polis S.p.A. (Avv. Calisi).

AVVISO DI MORA - responsabile del procedimento - funzionario responsabile - obbligatorietà.

L'istituto del responsabile del procedimento è disciplinato dall'art. 5 della legge n. 241 del 1990 e il 2° comma della disposizione stabilisce che, fino a quando non sia effettuata la nomina della suddetta figura, è considerato responsabile il funzionario preposto all'unità organizzativa competente. Sotto questo profilo, l'omessa indicazione del soggetto non dà luogo ad alcun vizio, ma è da ritenersi una mera irregolarità in quanto, in tale ipotesi si applica la norma suppletiva di cui all'art. 5, 2° comma della legge n. 241 del 1990. La legge n. 31 del 2008 ha, infine, confermato che l'obbligo dell'indicazione del responsabile del procedimento è tale solo per le cartelle, obbligo che non sussiste per gli avvisi di mora e per le intimazioni di pagamento.

F.C.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. II, 22 maggio 2009, n. 131 - Pres. Schito - Rel. Caputo.

CESSIONE D'AZIENDA - cambiamento attività commerciale - determinazione del valore di avviamento - sussistenza.

Nel merito della determinazione del valore di avviamento e quindi, del valore complessivo della cessione d'azienda, si ritiene che, nel caso in cui la società acquirente non abbia dato seguito all'attività rilevata, iniziando bensì una nuova attività, di tale circostanza si debba tener conto.

La normale potenzialità del cosiddetto avviamento non è ravvisabile in presenza del radicale cambiamento dell'attività commerciale, qualora sia del tutto differente da quella precedente. Pertanto nel caso in cui l'Ufficio accerti il valore della cessione e non contesti la circostanza del cambiamento di attività commerciale, tale accertamento deve essere effettuato alla luce della suddetta considerazione.

R.P.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. I, ord. 1° aprile 2009, n. 292 - Pres. e Rel. Dimundo.

CONTENZIOSO - costituzione oltre i termini - inammissibilità del ricorso - possibilità di costituzione tardiva - questione di incostituzionalità.

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 22 e 27 del d.lgs. n. 546 del 1992 - relativi rispettivamente ai termini ed alle modalità di costituzione del ricorrente, ed all'esame preliminare del ricorso - in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., riguardanti il principio di uguaglianza, il diritto di difesa ed il principio del giusto processo - laddove comminano l'inammissibilità del ricorso in caso di costituzione del ricorrente oltre i termini previsti ex lege, senza possibilità di costituzione tardiva. Detta previsione, invero, contrasta con l'omologa disciplina del processo civile, in cui la costituzione dell'attore è ammessa sino alla prima udienza e l'estinzione del processo non è mai dichiarata d'ufficio.

F.C.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIV, 4 agosto 2009, n. 111 - Pres. e rel. Di Noto - C.P.M.F. (Dott. Vignaga) c. Agenzia delle Entrate Ufficio di Genova 3.

CONTENZIOSO - motivazione per relationem - onere dell'allegazione - integrale e legale conoscenza.

ACCERTAMENTO - accertamento induttivo - plusvalenza patrimoniale - cessione d'azienda - valore - prezzo.

In tema di motivazione per relationem degli atti d'imposizione tributaria, l'art. 7, 1° comma della legge 27 luglio 2000, n. 212, nel prevedere che debba essere allegato all'atto dell'amministrazione finanziaria ogni documento richiamato nella motivazione di esso, non intende certo riferirsi ad atti di cui il contribuente abbia già integrale e legale conoscenza per effetto di precedente notificazione; infatti, un'interpretazione puramente formalistica si porrebbe in contrasto con il criterio ermeneutico che impone di dare alle norme procedurali una lettura che, nell'interesse generale, faccia bensì salva la funzione di garanzia loro propria, limitando al massimo le cause d'invalidità o d'inammissibilità chiaramente irragionevoli.

L'amministrazione finanziaria è legittimata a procedere in via induttiva all'accertamento del reddito da plusvalenza patrimoniale relativa all'avviamento, realizzata a seguito di cessione d'azienda, sulla base dell'accertamento di valore effettuato in sede di applicazione dell'imposta di registro, ed è onere probatorio del contribuente superare (anche con elementi indiziari) la presunzione di corrispondenza del prezzo incassato con il valore di mercato accertato in via definitiva in sede di applicazione dell'imposta di registro, dimostrando di avere in concreto venduto ad un prezzo inferiore.

F.C.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. II, 7 maggio 2009, n.101 - Pres. Landolfi - Rel. Lomazzo.

DIVORZIO CONSENSUALE - cessione quota-parte dell'abitazione sede del nucleo familiare quale assolvimento dell'obbligo di corresponsione dell'assegno divorzile in un'unica soluzione - efficacia traslativa dell'accordo fra i coniugi - insussistenza.

AVVISO DI LIQUIDAZIONE - revoca benefici "prima casa" - buona fede del contribuente e conseguente non debenza delle sanzioni - sussistenza.

Il puro raggiungimento di un accordo in sede di stesura delle condizioni per addivenire a pronuncia concordata di divorzio, non può produrre alcun effetto reale sulla titolarità di immobili.

Ai fini della produzione degli effetti patrimoniali tra i coniugi, l'atto idoneo a determinarli è rappresentato dalla sentenza del Tribunale che pronuncia la decisione di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio ed è la sentenza che determina il trasferimento della proprietà. Inutile anche l'eventuale assimilazione dell'accordo formalizzato nel ricorso congiunto dei coniugi ad un compromesso di vendita.

La norma che concede i benefici "prima casa", espressamente ne afferma la spettanza laddove l'acquirente, fra le altre condizioni, presenti quella di non essere titolare, alla data di stipula del rogito notarile, di altra unità o porzione di unità acquistata fruendo delle stesse agevolazioni.

Al contribuente che, errando in buona fede, dichiara nell'atto no-

tarile di non essere titolare di altra unità o porzione di unità acquistata fruendo delle agevolazioni, può essere rimproverata solo una condotta di tipo colposo, ma non può essergli contestata la "mandacia" della dichiarazione resa nel rogito, considerata quale fatto punibile dal comma 4 della nota II bis dell'art. 1 - Tariffa parte I^a allegata al D.P.R. 131/86. In tali termini, pur permanendo la legittimità della pretesa impositiva, può essere dichiarata la non debenza delle sanzioni.

R.P.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, sez. I, 18 marzo 2009, n. 25 - Pres. Soave - Rel. Zanoni.

DOGANALE - agevolazione doganale indebitamente ottenuta - soggettività dell'obbligazione tributaria - interposizione - pratica abusiva - sussistenza.

Deve ritenersi inopponibile all'Amministrazione finanziaria il comportamento consistente nella formalizzazione di operazioni solo apparentemente imputabili ad una società, ma che, nella realtà, nonostante l'autonomia giuridico-formale di detta impresa, sono riconducibili ad altra società.

Nel caso di specie, una società, la quale presentava numerosi collegamenti con un'altra società, poneva in essere importazioni fruendo di un regime daziario agevolato che non le poteva spettare, stante la falsità dei certificati di importazione nella sua disponibilità.

Lo stretto collegamento tra tale società e l'impresa che, di fatto, la controlla, configura la fattispecie di abuso del diritto, dal momento che quest'ultima, vera acquirente delle merci importate, non avrebbe potuto altrimenti conseguire il vantaggio fiscale consistente nella riduzione dei dazi.

Da ciò consegue la responsabilità solidale di tale soggetto ai sensi dell'art. 38 del D.P.R. n. 43/1973 e dell'art. 201 del regolamento CEE n. 2913/1992.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIII, 10 giugno 2009, n. 177 - Pres. Delucchi - Rel. Podestà - R.B. (Avv. Bardi) c. Concessionario Equitalia Polis S.p.A. (Avv. Calisi).

GIURISDIZIONE - giurisdizione ordinaria - giurisdizione tributaria - provvedimenti di fermo dei veicoli - natura del credito - impugnazione.

CARTELLA DI PAGAMENTO - responsabile del procedimento - iscrizione a ruolo - emissione e notificazione - applicabilità - irregolarità.

La giurisdizione in materia di impugnazione di provvedimenti di fermo dei veicoli (e di ipoteche), deve essere individuata tenendo in considerazione la natura tributaria, extratributaria, o mista dei crediti posti a fondamento del provvedimento di fermo.

In caso di crediti tributari o extratributari, il giudice adito è incaricato di verificare se i crediti abbiano natura tributaria o extratributaria e, conseguentemente, affermare o declinare la propria giurisdizione.

In caso di crediti di natura mista (tributaria e non), il Giudice adito dovrà separare le cause, trattenendo quella per la quale ha giurisdizione e rimettendo la restante al giudice competente; fermo restando che il debitore potrà in ogni caso proporre originariamente l'impugnazione separatamente innanzi ai giudici diversa-

mente competenti in relazione alla natura dei crediti posti a base del provvedimento di fermo contestato.

Per effetto dell'art. 36, comma 4-ter del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, il quale dispone l'obbligo dell'indicazione nella cartella di pagamento, a pena di nullità, del responsabile del procedimento di iscrizione a ruolo e di quello di emissione e di notificazione della stessa cartella, aggiungendo, peraltro, che dette disposizioni si applicano ai ruoli consegnati agli agenti della riscossione a decorrere dal 1° giugno 2008 e che la mancata indicazione dei responsabili dei procedimenti nelle cartelle di pagamento relative a ruoli consegnati prima di tale data non è causa di nullità delle stesse.

F.C.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XII, 31 ottobre 2008, n. 270 - Pres. Bissaldi - Rel. Ciuffarella - D'Amora Agostino (Di Sisto) c. Agenzia delle Entrate Ufficio Genova 3.

IMPOSTE SUI REDDITI - accertamento - studi di settore - maggiori ricavi - atipicità dell'annualità.

L'avviso di accertamento che accerta maggiori ricavi presunti e impone il conseguente pagamento delle maggiori imposte irpef, irap, addizionali, iva e inps, oltre sanzioni e interessi, deve essere annullato, ove lo scostamento dei ricavi dichiarati sia giustificato dall'atipicità dell'anno oggetto di contestazione, dovuta alle precarie condizioni di salute del ricorrente ed alle caratteristiche dei lavori svolti che hanno portato successivamente alla dismissione dell'impresa.

F.C.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XII, 12 giugno 2008, n. 121 - Pres. Bissaldi - Rel. Ciuffarella - STAR S.p.A. (Avv. Lovisolò) c. Agenzia delle Entrate Ufficio Genova 2.

IMPOSTE SUI REDDITI - omessa separata indicazione dei costi - Paesi black list - rimedi - dichiarazione integrativa.

In relazione alla previsione dell'art. 110, 11° comma del t.u.i.r. all'omessa separata indicazione dei costi sostenuti verso fornitori residenti in Paesi black list può legittimamente porsi rimedio attraverso la presentazione di una dichiarazione integrativa ai sensi dell'art. 2, 8° comma del d.p.r. 22 luglio 1998, n. 322.

F.C.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIII, 17 giugno 2009, n. 181 - Pres. Di Noto - Rel. Marcenaro - G.S. (Dott. Muscatello) c. Concessionario Equitalia Polis S.p.A. (Avv. Calisi).

IMPOSTE SUL REDDITO - reddito personale complessivo - detrazioni per carichi di famiglia - coniuge - superamento dei limiti di legge - recupero ad imposizione della tassazione.

Il familiare (coniuge) viene considerato a carico quando il reddito personale complessivo indicato nel rigo RN1 del Mod. UNICO al lordo del reddito imputabile all'unità immobiliare adibita ad abitazione principale ed alle relative pertinenze non supera l'importo di euro 2.840,51. In caso di superamento di detto limite l'Amministrazione ha titolo per procedere al recupero ad imposizione della detrazione per coniuge a carico.

F.C.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. II, 7 marzo 2009, n. 62 - Pres. Zerilli - Rel. Lomazzo.

IMPOSTA SUL VALORE AGGIUNTO - beneficio "prima casa" su box pertinenziale acquistato con atto separato - irrilevanza dell'acquisto a titolo gratuito dell'abitazione con cui sussiste il vincolo - sussistenza.

Il beneficio previsto ai fini dell'imposta di registro e dell'IVA, compete anche rispetto all'acquisto, seppure con atto separato, delle pertinenze, sempre che sussistano le condizioni espressamente previste dalla legge. Condizioni tra le quali non rientra l'essere stata, l'abitazione principale, acquistata onerosamente. Il riferimento all'onerosità dell'acquisto è dovuto all'ambito entro il quale opera lo specifico beneficio.

Aderendo alla esegesi dell'A.F., si giungerebbe a considerare applicabile il beneficio previsto dall'art. 69, comma 3, L. 342/2000, laddove la pertinenza fosse stata ricevuta in donazione, mentre l'acquisto dell'abitazione fosse stato oneroso, restando invece esclusa da beneficio l'ipotesi inversa, senza una valida ragione.

R.P.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. V, 3 marzo 2009, n. 77 - Pres. Bissaldi - Rel. Del Vigo - Studio Legale Associato L. (Vinci) c. Agenzia delle Entrate Ufficio Genova 2.

IRAP - studio associato - organizzazione - beni strumentali - spese di personale - collaborazioni - presupposto impositivo.

L'attività svolta in forma di studio associato viene espletata per definizione e per legge in forma di organizzazione ed, inoltre, ove nel concreto vengano largamente impiegati mezzi e capitali, come beni strumentali, elevate spese di personale e collaborazioni di terze persone, si configura il presupposto impositivo dell'IRAP.

F.C.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIII, 23 giugno 2009, n. 190 - Pres. Delucchi - Rel. Podestà.

IRAP - omesso versamento nonostante l'indicazione in dichiarazione - fattispecie - avvocato - esclusione da Irap - sussistenza.

In considerazione della ratio del tributo e dei principi espressi dalla giurisprudenza deve essere annullata la cartella di pagamento impugnata con la quale era stato richiesto al ricorrente il pagamento dell'Irap indicata in dichiarazione ma non versata (infatti la dichiarazione dei redditi ha valore di dichiarazione di scienza emendabile anche in sede contenziosa, e le contestazioni del ricorrente possono essere estese anche al merito, non solo quindi alla cartella specificamente impugnata, nei casi in cui questa faccia seguito ad un'iscrizione a ruolo ex art. 36-bis, D.P.R. n. 600/73).

Nel caso specifico risulta dimostrato che il ricorrente ha esercitato l'attività di avvocato senza l'aiuto di collaboratori o dipendenti, utilizzando beni strumentali necessari per il proprio lavoro ed esponendo costi direttamente connessi alla sua attività senza l'ulteriore impiego di capitali provenienti da mutui esterni.

AN.GI.

Sezione di diritto penale

Sentenze e ordinanze

Corte Europea dei diritti dell'uomo, IV Sezione, sentenza 25 agosto 2009, ricorso n. 23458/02 – Pres. Nicolas Bratza – Giuliani e Gaggio (Avv. N. Paoletti, Mari, G. Paoletti) c. Italia (Avv. Crisafulli).

ORDINE PUBBLICO – stato di pericolo putativo per la vita propria e di altri – impiego della forza da parte di agente dell'ordine – presunto uso eccessivo - esclusione – violazione dell'aspetto sostanziale dell'art. 2 CEDU – insussistenza.

DIRITTO ALLA VITA – colpo d'arma da fuoco ricevuta da un manifestante da parte di agente dell'ordine – omesso tempestivo soccorso da parte delle autorità – esclusione - violazione dell'aspetto sostanziale dell'art. 2 CEDU – insussistenza.

(Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e libertà fondamentali, art. 2).

DIRITTO ALLA VITA – omissioni nella preparazione e nella condotta delle operazioni di mantenimento – uccisione di un manifestante da parte di agente dell'ordine – inadeguatezza di un'inchiesta a livello nazionale tendente ad accertarne le responsabilità - impossibilità di stabilire un nesso causale tra gli avvenimenti - violazione dell'aspetto procedurale dell'art. 2 CEDU – sussistenza.

(Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e libertà fondamentali, art. 2).

Non sussiste violazione dell'art. 2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e del cittadino, con riferimento all'uso della forza per il mantenimento dell'ordine pubblico, qualora esso non ecceda i limiti di quanto assolutamente necessario per scongiurare il pericolo avvertito come reale imminente alla propria vita e alla vita di altri. (1)

Non sussiste violazione dell'art. 2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e del cittadino, con riferimento all'obbligo positivo dello Stato di proteggere la vita, qualora non risulti che vi sia stata una tardiva richiesta di soccorso e che, a causa della gravità della ferita prodotta da un'arma da fuoco, l'arrivo dei soccorsi non sia stato tempestivo. (2)

Sussiste violazione dell'art. 2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e del cittadino, con riferimento agli obblighi procedurali, qualora, da parte delle autorità preposte, non siano state condotte indagini adeguate sulle circostanze dell'uccisione di un manifestante da parte di agente dell'ordine al fine di accertare le correlate responsabilità per le omissioni nella preparazione e nella condotta delle operazioni di mantenimento dell'ordine pubblico (3)

(... Omissis...)

B. *Appréciation de la Cour*

1. *Principes généraux*

1. L'article 2, qui garantit le droit à la vie et expose les circonstances dans lesquelles infliger la mort peut se justifier, se place parmi

les articles primordiaux de la Convention et aucune dérogation ne saurait y être autorisée. Combiné à l'article 3, il consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe. Les circonstances dans lesquelles la privation de la vie peut se justifier appellent donc une interprétation étroite. L'objet et le but de la Convention, en tant qu'instrument de protection des êtres humains, appellent eux aussi à comprendre et appliquer l'article 2 d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives (*McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, §§ 146-147, série A n. 324). Le texte de l'article 2, pris dans son ensemble, démontre qu'il ne couvre pas seulement l'homicide intentionnel, mais aussi les situations dans lesquelles il est possible d'avoir « recours à la force », ce qui peut conduire à donner la mort de façon involontaire. Le recours délibéré ou volontaire à la force meurtrière n'est toutefois que l'un des facteurs à prendre en compte lorsqu'il s'agit d'apprécier la nécessité. Le recours à la force doit être rendu « absolument nécessaire » pour atteindre l'un des objectifs mentionnés aux alinéas a) à c) du paragraphe 2 de l'article 2. Ces termes indiquent qu'il faut appliquer un critère de nécessité plus strict et impérieux que celui normalement employé pour déterminer si l'intervention de l'Etat est « nécessaire dans une société démocratique » au titre du paragraphe 2 des articles 8 à 11 de la Convention. La force utilisée doit en particulier être strictement proportionnée aux buts ainsi permis (*McCann et autres précité*, §§ 148-149). A cet égard, la Cour rappelle que l'usage de la force par des agents de l'Etat pour atteindre l'un des objectifs énoncés au paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention peut se justifier au regard de cette disposition lorsqu'il se fonde sur une conviction honnête considérée, pour de bonnes raisons, comme valable à l'époque des événements mais qui se révèle ensuite erronée. Affirmer le contraire imposerait à l'Etat et à ses agents chargés de l'application des lois une charge irréaliste qui risquerait de s'exercer aux dépens de leur vie et de celle d'autrui (*McCann et autres précité*, § 200).

2. La première phrase de l'article 2 § 1 astreint l'Etat non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et illégale, mais aussi à prendre, dans le cadre de son ordre juridique interne, les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction (*Kiliç c. Turquie*, n. 22492/93, § 62, CEDH 2000-III). L'obligation de l'Etat à cet égard implique le devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place un cadre juridique et administratif propre à dissuader de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations. Comme le montre le texte de l'article 2 lui-même, le recours des policiers à la force meurtrière peut être justifié dans certaines circonstances. Toutefois, l'article 2 ne donne pas carte blanche. Le non-encadrement par des règles et l'abandon à l'arbitraire de l'action des agents de l'Etat sont incompatibles avec un respect effectif des droits de l'homme. Cela signifie que les opérations de police, en plus d'être autorisées par le droit national, doivent être suffisamment délimitées par ce droit, dans le cadre d'un système de garanties adéquates et effectives contre l'arbitraire et l'abus de la force (*Makaratzis*, précité, § 58).

3. Compte tenu de l'importance de la protection accordée par

l'article 2, la Cour doit examiner de manière extrêmement attentive les cas où l'on inflige la mort, et prendre en considération non seulement les actes des agents de l'Etat mais également l'ensemble des circonstances de l'affaire, notamment la préparation et le contrôle des actes en question (*McCann et autres* précité, §§ 147-150 ; *Andronicou et Constantinou*, précité, § 171).

4. L'obligation de protéger le droit à la vie qu'impose l'article 2 de la Convention, combinée avec le devoir général incombant à l'Etat en vertu de l'article 1 de « reconna[ître] à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la (...) Convention », implique et exige de mener une forme d'enquête efficace lorsque le recours à la force a entraîné mort d'homme (voir, *mutatis mutandis*, *McCann et autres* précité, § 161, et *Kaya c. Turquie*, 19 février 1998, § 105, *Recueil* 1998-I). Pareille enquête doit avoir lieu dans chaque cas où il y a eu mort d'homme à la suite du recours à la force, que les auteurs allégués soient des agents de l'Etat ou des tiers (*Tahsin Acar c. Turquie* [GC], n. 26307/95, § 220, CEDH 2004-III). Les investigations doivent notamment être approfondies, impartiales et rigoureuses (*McCann et autres*, précité, §§ 161-163, et *Çakıcı c. Turquie* [GC], n. 23657/94, § 86, CEDH 1999-IV).

5. La Cour considère de surcroît que la nature et le degré de l'examen répondant au critère minimum d'effectivité de l'enquête dépendent des circonstances de l'espèce. Ils s'apprécient sur la base de l'ensemble des faits pertinents et eu égard aux réalités pratiques du travail d'enquête. Il n'est pas possible de réduire la variété des situations pouvant se produire à une simple liste d'actes d'enquête ou à d'autres critères simplifiés (*Tanrıkulu c. Turquie* [GC], n. 23763/94, §§ 101-110, CEDH 1999-IV ; *Kaya*, précité, §§ 89-91 ; *Güleç c. Turquie*, 27 juillet 1998, §§ 79-81, *Recueil* 1998-IV ; *Vélikova c. Bulgarie*, n. 41488/98, § 80, CEDH 2000-VI ; et *Buldan c. Turquie*, n. 28298/95, § 83, 20 avril 2004).

6. D'une manière générale, il est nécessaire, pour que l'enquête puisse passer pour « effective » au sens visé, que les personnes qui en sont responsables et celles effectuant les investigations soient indépendantes de celles impliquées dans les événements. Cela suppose non seulement l'absence de tout lien hiérarchique ou institutionnel mais également une indépendance pratique (*Ramsahai et autres c. Pays-Bas* [GC], n. 52391/99, § 325, CEDH 2007-... ; *McKerr c. Royaume-Uni*, n. 28883/95, § 128, CEDH 2001-III ; *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n. 24746/94, § 120, CEDH 2001-III ; *Akta c. Turquie*, n. 24351/94, § 301, CEDH 2003-V). Il y va de l'adhésion de l'opinion publique au monopole du recours à la force possédé par l'Etat.

7. L'enquête doit également être effective en ce sens qu'elle doit permettre de déterminer si le recours à la force était justifié ou non dans les circonstances (voir, par exemple, l'arrêt *Kaya* précité, § 87) et d'identifier et de sanctionner les responsables. Il s'agit d'une obligation non pas de résultat, mais de moyens. Les autorités doivent avoir pris les mesures raisonnables dont elles disposaient pour assurer l'obtention des preuves relatives aux faits en question, y compris, entre autres, les dépositions des témoins oculaires, des expertises et, le cas échéant, une autopsie propre à fournir un compte rendu complet et précis des blessures et une analyse objective des constatations cliniques, notamment de la cause du décès (concernant les autopsies, voir par exemple l'arrêt *Salman c. Turquie* [GC], n. 21986/93, § 106, CEDH 2000-VII ; concernant les témoins, voir par exemple *Tanrıkulu*, précité, § 109 ; concernant les expertises, voir par exemple *Gül c. Turquie*, n. 22676/93, § 89, 14 décembre 2000).

8. Une exigence de célérité et de diligence raisonnable est implicite dans ce contexte (*Ya a c. Turquie*, 2 septembre 1998, §§ 102-104, *Recueil* 1998-VI ; *Çakıcı* précité, §§ 80, 87 et 106 ; *Tanrıkulu* précité, § 109 ; *Mahmut Kaya c. Turquie*, n° 22535/93,

§§ 106-107, CEDH 2000-III). Force est d'admettre qu'il peut y avoir des obstacles ou des difficultés empêchant l'enquête de progresser dans une situation particulière. Toutefois, une réponse rapide des autorités lorsqu'il s'agit d'enquêter sur le recours à la force meurtrière peut généralement être considérée comme essentielle pour préserver la confiance du public dans le respect du principe de légalité et pour éviter toute apparence de complicité ou de tolérance relativement à des actes illégaux.

9. Pour les mêmes raisons, le public doit avoir un droit de regard suffisant sur l'enquête ou sur ses conclusions, de sorte qu'il puisse y avoir mise en cause de la responsabilité tant en pratique qu'en théorie. Le degré requis de contrôle du public peut varier d'une situation à l'autre. Dans tous les cas, toutefois, les proches de la victime doivent être associés à la procédure dans toute la mesure nécessaire à la protection de leurs intérêts légitimes (dans l'affaire *Güleç*, précitée (§ 82), le père de la victime n'avait pas été informé des décisions de non-lieu ; dans l'affaire *O ur*, précitée, (§ 92), la famille de la victime n'avait pas pu consulter les documents relatifs à l'enquête et à la procédure ; voir aussi l'arrêt *Gül* précité, § 93).

10. Toute déficience de l'enquête affaiblissant sa capacité à établir la cause du décès ou les personnes responsables risque de faire conclure qu'elle ne répond pas à cette norme (*Akta*, précité, § 300).

2. Application de ces principes au cas d'espèce

a) Sur l'usage prétendument excessif de la force

11. La Cour est appelée à répondre en premier lieu à la question de savoir s'il y a eu usage excessif de la force, susceptible d'entraîner la violation du volet matériel de l'article 2.

12. L'enquête menée au niveau national a conclu que Carlo Giuliani a été tué par une balle tirée par M.P.

13. En dépit des arguments présentés par le Gouvernement, le classement sans suite de l'enquête ayant visé M.P. ne se fonde pas sur l'absence d'un lien de causalité entre le tir mortel et le décès de Carlo Giuliani. En effet, la collision entre la pierre et la balle n'était pas de nature à rompre ce lien, comme l'a explicité le parquet dans sa demande de classement sans suite (paragraphe 83 ci-dessus).

14. L'existence d'un lien de causalité entre le tir de M.P. et le décès de Carlo Giuliani est au cœur du raisonnement de la juge des investigations préliminaires, qui l'a retenue, même si cet élément n'est pas explicité dans le texte de la décision de classement sans suite. En effet, si une absence de lien de causalité avait été constatée, ce constat aurait été à lui seul suffisant pour exclure la culpabilité de M.P.

Or, la juge des investigations préliminaires a approfondi son raisonnement, une fois l'existence du lien de causalité retenue. Ce faisant, la juge a soigneusement évalué les circonstances ayant entouré le décès de Carlo Giuliani, essayant de se faire une idée précise des événements, sur la base des témoignages recueillis, du dossier d'enquête, de l'abondant matériel audiovisuel, comme il ressort du texte de sa décision résumé en détail aux paragraphes 93-116 ci-dessus.

15. Bien que la trajectoire précise du tir mortel n'ait pu être déterminée (paragraphe 99 ci-dessus), la juge des investigations préliminaires a estimé que M.P. avait tiré vers le haut, ce qui permettait d'exclure qu'il ait délibérément tué Carlo Giuliani (paragraphe 101 ci-dessus). Selon la juge il s'agissait tout de même d'un homicide volontaire, car M.P. n'avait pas tiré juste pour intimider ses agresseurs, mais pour contrer la violence, prenant ainsi le risque de tuer (paragraphe 100 ci-dessus).

16. La juge des investigations préliminaires s'est posé ensuite la question de savoir s'il y avait des faits pouvant neutraliser la responsabilité de M.P. A cet égard, la juge a conclu que deux faits neutralisaient la responsabilité pénale de M.P.: l'usage lé-

gitime de l'arme et la légitime défense.

17. S'agissant de l'usage de l'arme, la juge a estimé que celui-ci avait été indispensable, étant donné que la reconstitution détaillée des faits permettait de penser que M.P. s'était trouvé dans une situation d'extrême violence déstabilisant l'ordre public et menaçant directement l'intégrité physique des carabiniers (paragraphe 101 ci-dessus).

Dans son évaluation du danger, la juge a pris en compte le nombre de manifestants et les modalités globales de l'action, tels que les actes de violence contre M.P. et les autres occupants de la jeep. En particulier, la juge s'est basée sur les témoignages et les images montrant la violence de l'assaut mené par les manifestants, le caillassage ininterrompu du véhicule, qui avait causé à ses occupants des dommages physiques, l'agression contre les passagers perpétrée par les manifestants qui continuaient à entourer le véhicule de très près en y introduisant des objets contondants. Cette situation de danger prolongé avait indéniablement constitué une atteinte réelle et injuste à l'intégrité personnelle de M.P. et de ses compagnons, et avait rendu nécessaire une réaction de défense qui ne pouvait que déboucher sur l'utilisation de l'unique moyen dont disposait M.P. : son arme.

18. A supposer même que M.P. eût délibérément dirigé ses coups de feu vers Carlo Giuliani, selon la juge la situation de danger ci-dessus aurait en tout cas rendu légitime le recours à l'arme (paragraphe 101 ci-dessus).

19. Quant à la légitime défense, la juge des investigations préliminaires a estimé qu'elle intervenait aussi pour neutraliser la responsabilité pénale de M.P., compte tenu de ce que celui-ci avait à juste titre eu l'impression d'un danger menaçant son intégrité physique et celle de ses compagnons. La riposte de M.P. était nécessaire, compte tenu du nombre d'agresseurs, des moyens utilisés, du caractère continu des actes de violence, des blessures des occupants de la jeep, des difficultés pour le véhicule de se déplacer. La riposte de M.P. était adéquate, vu que si M.P. n'avait pas pris son arme et tiré deux fois, l'agression n'aurait pas cessé, et que si l'extincteur avait pu pénétrer dans la jeep, il aurait causé de graves blessures à ceux qui s'y trouvaient. En outre, la riposte de M.P. était proportionnée, dès lors qu'avant de tirer il avait hurlé aux manifestants de s'en aller, et compte tenu de ce qu'il avait tiré vers le haut (paragraphe 102-103 ci-dessus). En conclusion, le geste de M.P., qui avait pris le risque de tuer en utilisant son arme à feu, était dû à la nécessité de défendre l'intégrité physique des occupants de la jeep, et était proportionné à l'importance des biens à défendre et aux moyens à disposition pour les défendre.

20. Quant à F.C., compte tenu de ce qu'il avait roulé sur le corps de Carlo Giuliani sans le voir et que les passages de la jeep sur le corps de la victime n'avaient causé ni le décès ni des lésions appréciables, aucun élément ne permettait de lui attribuer une responsabilité quelconque (paragraphe 97 ci-dessus).

21. A la lumière des conclusions de l'enquête, et en l'absence d'autres éléments pouvant l'amener à conclure différemment, la Cour n'a aucune raison de douter que M.P. ait sincèrement cru que sa vie était en danger et estime que M.P. a utilisé son arme dans le but de se défendre contre l'agression ayant visé les occupants de la jeep, dont lui-même, qui se sentait directement menacé (*McCann et autres*, précité, § 200 ; *Huohvanainen c. Finlande*, n. 57389/00, § 96, 13 mars 2007). Il s'agit là de l'un des cas énumérés au second paragraphe de l'article 2, dans lesquels le recours à une force meurtrière peut être légitime, mais il va de soi qu'un équilibre doit exister entre le but et les moyens. Dans ce contexte, la Cour doit rechercher si le recours à la force meurtrière était légitime. Ce faisant, elle ne saurait, en réfléchissant dans la sérénité des délibérations, substituer sa propre appréciation de la situation

à celle de l'agent qui a dû réagir, dans le feu de l'action, à ce qu'il percevait sincèrement comme un danger afin de sauver sa vie (*Bubbins c. Royaume-Uni*, n. 50196/99, § 139, CEDH 2005-II (extraits)).

22. M.P. a utilisé un pistolet Beretta, arme puissante. En effet, ayant été écarté du service d'ordre, il ne disposait plus d'engins lacrymogènes et il n'est pas établi judiciairement – car la décision de classement sans suite ne le mentionne pas – qu'il avait un bouclier pour se protéger. Cependant, la Cour note que, d'après les photographies versées au dossier, il y avait un bouclier dans la jeep et que l'un des manifestants a déclaré que M.P. avait tenté de s'en servir pour se défendre (paragraphe 23 ci-dessus). Avant de tirer, M.P. a hurlé et a tenu le Beretta armé dans sa main de manière visible depuis l'extérieur (les images versées au dossier montrent le pistolet). Le carabinier était confronté à un groupe de manifestants qui menaient une attaque violente contre le véhicule où il se trouvait et qui avaient ignoré les sommations de s'éloigner. La Cour estime que, dans les circonstances de la cause, le recours à la force meurtrière, quoique très regrettable, n'a pas outrepassé les limites de ce qui était absolument nécessaire pour éviter ce que M.P. avait honnêtement perçu comme étant un danger réel et imminent menaçant sa vie et celle de ses collègues.

23. La Cour ne perd pas de vue que l'auteur du tir a pris l'initiative personnelle de faire feu, sous l'effet de la panique. Dès lors, la Cour n'estime pas nécessaire de se pencher dans l'abstrait sur la compatibilité avec l'article 2 des dispositions législatives applicables en matière d'usage des armes par les membres des forces de l'ordre lors d'opérations de maintien de l'ordre (*McCann et autres* précité, § 153), car la situation examinée concerne la défense d'un militaire exclu du service d'ordre et placé dans un véhicule non blindé, et relève des articles 52 et 53 du code pénal.

24. Eu égard à ce qui précède, la Cour estime qu'il n'y a pas eu usage disproportionné de la force. Dès lors, il n'y a pas eu violation du volet matériel de l'article 2 de la Convention à cet égard.

b) *Sur le manquement aux obligations de protéger la vie de Carlo Giuliani*

25. La Cour est appelée à répondre en deuxième lieu à la question de savoir si l'opération de maintien de l'ordre a été planifiée, organisée et conduite de façon à réduire au minimum, autant que faire se peut, le recours à la force meurtrière, à défaut de quoi elle devrait constater un manquement aux obligations positives découlant du volet matériel de l'article 2 de la Convention.

26. Elle note d'emblée que les défaillances identifiées par les requérants (paragraphe 149-159 ci-dessus) n'ont pas été prises en considération par les autorités nationales car l'enquête qui a eu lieu s'est focalisée sur le comportement de F.C. et M.P. pris isolément. La Cour reviendra sur ce point dans le cadre de l'analyse des obligations procédurales découlant de l'article 2 (voir 245-255 ci-dessus).

27. En procédant à l'évaluation de la phase de préparation et de direction de l'opération sous l'angle de l'article 2 de la Convention, la Cour doit considérer tout particulièrement le contexte dans lequel l'incident s'est produit ainsi que la manière dont la situation a évolué. Son unique souci doit être de déterminer si, dans ces conditions, la préparation et la direction de l'opération de maintien de l'ordre montrent que les autorités ont déployé la vigilance voulue pour que toute mise en danger de la vie de Carlo Giuliani fût réduite au minimum et qu'elles n'ont pas fait preuve de négligence dans le choix des mesures prises (*Andronicou et Constantinou*, précité, §§ 181-182).

28. De manière générale, la Cour estime que lorsqu'un Etat accepte que sur son territoire se déroule un événement internatio-

nal à très haut risque, il doit prendre les mesures de sécurité qui s'imposent et déployer un effort maximal pour assurer le maintien de l'ordre. Ainsi, il lui incombe de prévenir les débordements pouvant occasionner des incidents violents. Si toutefois de tels incidents se produisent, les autorités doivent être attentives dans leur réponse à la violence, de façon à réduire au minimum le risque de recourir à la force meurtrière. En même temps, l'Etat a le devoir d'assurer le bon déroulement des manifestations organisées autour de l'évènement, en protégeant entre autres les droits garantis par les articles 10 et 11 de la Convention.

29. En l'occurrence, les autorités italiennes avaient affaire à une réunion du G8 au cours de laquelle elles devaient assurer la sécurité des chefs d'Etat et fonctionnaires, celle des habitants de Gênes ainsi que celle des milliers de manifestants ayant annoncé leur présence. S'agissant de la planification et de l'organisation, il ressort du dossier que le préfet de Gênes a pris des mesures visant à limiter l'accès aux zones sensibles de la ville, dans le but de préserver la sécurité des participants aux travaux du G8 et d'éviter le risque d'attentats et d'agressions. Ensuite, compte tenu de l'importance de l'évènement, de la taille de la ville et du nombre très important de manifestants attendus, un nombre considérable de membres des forces de l'ordre avait été envoyé à Gênes quelques jours avant le début du G8. La veille du 20 juillet 2001, les responsables de la sûreté ont élaboré leur stratégie pour le lendemain sachant qu'il s'agirait d'une opération de grande envergure et qu'ils devraient tenter d'éviter tout débordement de la part des manifestants.

30. La Cour doit répondre à la question de savoir si les défaillances ayant pu entacher la préparation et la conduite de l'opération sont en rapport direct avec la mort de Carlo Giuliani.

31. Parmi les défaillances identifiées par les requérants figurent entre autres le système de communication mis en place et ne permettant pas à des membres de forces de l'ordre différentes de communiquer directement entre eux ; la diffusion inadéquate de l'ordre de service concernant le 20 juillet 2001, qui a fait que les forces de l'ordre ont attaqué le convoi des *Tute bianche*, ignorant qu'il était autorisé ; le manque de coordination des forces de l'ordre sur le terrain.

32. S'agissant de la conduite de l'opération, il n'est pas contesté que les carabinieri ont attaqué le convoi autorisé des *Tute bianche*. Elle relève à cet égard que le tribunal de Gênes, appelé à un examen approfondi de cet épisode dans le cadre du « procès des 25 », qui est pendant en appel, a conclu en première instance au caractère illégal et arbitraire des agissements des carabinieri en ce qui concerne l'attaque au convoi en question.

Cela dit, la Cour ne perd pas de vue que l'attaque au convoi des *Tute bianche* n'est pas en rapport direct avec les faits survenus place Alimonda, qui se sont déroulés quelques heures plus tard. Elle note que ce même tribunal de Gênes a clairement fait la distinction entre la réaction des manifestants pendant que lesdits agissements arbitraires avaient lieu et la réaction successive, lorsque les manifestants, animés uniquement par un désir de vengeance et non plus par un besoin de défense, se sont livrés à des actes de violence (paragraphes 120-128 ci-dessus).

33. Concernant les faits de la place Alimonda, la Cour relève qu'en l'espace de quelques minutes, le groupe de carabinieri conduit par le fonctionnaire de police Lauro a attaqué des manifestants particulièrement agressifs provenant d'une rue adjacente et que ces derniers ont obligé les forces de l'ordre à reculer rapidement. Le véhicule à bord duquel se trouvait M.P. a suivi la charge et s'est retrouvé bloqué place Alimonda lors de la manœuvre de repli. Les policiers présents à proximité ne sont pas venus en aide aux occupants du véhicule, et ces derniers se sont sentis en situation de grave danger, de sorte que M.P. a utilisé son arme à feu.

Certes, il y a lieu de se demander : si M.P., qui a agi dans un état psychologique particulier découlant d'un grand stress et de la panique, aurait pris cette initiative s'il avait bénéficié d'une formation et d'une expérience appropriées ; si par ailleurs une meilleure coordination entre les forces de l'ordre présentes sur place aurait permis de contrer l'attaque de la jeep sans faire de victimes ; enfin et surtout, si on aurait pu éviter le drame en prenant soin de ne pas laisser la jeep non équipée de protections au beau milieu des affrontements, d'autant que celle-ci avait à son bord des blessés non désarmés.

34. La réponse à ces questions ne ressort ni de l'enquête menée au niveau national ni des autres éléments du dossier. Dans ces circonstances, la Cour, en réfléchissant dans la sérénité des délibérations, doit faire preuve de prudence quand elle réexamine les événements avec le bénéfice du recul (*Bubbins*, précité, §§ 139 et 141; *Andronicou et Constantinou* précité, § 171).

35. La Cour ne perd pas de vue le fait que contrairement à la situation dans d'autres affaires (*Mc Cann* précité, *Andronicou* précité), l'opération des forces de l'ordre ne visait pas en l'espèce une cible précise, étant donné que le danger de débordement était imprévisible et dépendait de l'évolution de la situation. Par conséquent, l'envergure de l'opération était très vaste et la situation était en quelque sorte floue.

Elle relève ensuite que les événements litigieux se sont déroulés à la fin d'une longue journée d'opérations de maintien de l'ordre, au cours de laquelle les forces de l'ordre avaient dû faire face à des situations de danger évoluant dans un laps de temps très court et prendre des décisions opérationnelles cruciales. Aussi la Cour est-elle convaincue que les forces de l'ordre ont subi une pression énorme, ce que confirme la condition psychique de M.P.

La Cour estime que la charge ordonnée par le fonctionnaire de police Lauro était le résultat d'une décision opérationnelle justifiée et liée à la perception des risques, en fonction de l'évolution de la situation. Il était dès lors impossible de prévoir à l'avance les événements qui se sont produits place Alimonda. Enfin, il convient de rappeler que l'incident ayant abouti à la mort de Carlo Giuliani a été relativement bref.

36. Eu égard à ce qui précède, et vu l'absence d'une enquête nationale à ce sujet, qu'elle déplore (paragraphes 245-255 ci-dessus), la Cour est dans l'impossibilité d'établir l'existence d'un lien direct et immédiat entre les défaillances qui ont pu entacher la préparation ou la conduite de l'opération de maintien de l'ordre et la mort de Carlo Giuliani.

37. La Cour doit enfin se pencher sur l'allégation des requérants selon laquelle, après que Carlo Giuliani s'est écroulé, les autorités ont tardé à appeler et à faire intervenir les secours.

38. Il ressort du dossier (paragraphe 19 ci-dessus) qu'à 17 h 23, le groupe de manifestants précédemment chargé par les forces de l'ordre était parvenu à repousser celles-ci et remontait la rue Caffa. A 17 h 27 mn 25 s, un policier présent sur les lieux appela la centrale opérationnelle pour demander qu'une ambulance porte secours à Carlo Giuliani (paragraphe 29 ci-dessus). La balle mortelle a donc été tirée dans ce laps de temps. Par ailleurs, les requérants ont observé qu'une image montre Carlo Giuliani avec l'extincteur en main à 17 h 27, et qu'à ce moment précis il a été atteint par le tir mortel (paragraphe 31 ci-dessus). Dans ces circonstances, la Cour estime que l'appel au secours lancé par le policier présent sur les lieux ne saurait passer pour tardif.

39. L'heure à laquelle l'ambulance est arrivée sur place ne figure pas dans le dossier. Compte tenu toutefois de ce que la mort de Carlo Giuliani est survenue en quelques minutes seulement, vu la gravité de la blessure par balle (paragraphe 63 ci-dessus), la Cour juge que rien n'indique que l'ambulance soit arrivée en dehors d'un délai raisonnable au vu des circonstances.

40. Eu égard à ce qui précède, la Cour estime qu'il n'est pas établi que les autorités italiennes ont manqué à leur obligation de protéger la vie de Carlo Giuliani.

41. Partant, il n'y a pas eu violation du volet matériel de l'article 2 de la Convention à cet égard.

c) Sur l'observation des obligations procédurales découlant de l'article 2 de la Convention

42. Plusieurs dysfonctionnements de l'enquête ont été signalés par les requérants. La Cour n'estime pas devoir se livrer à une analyse de tous les points soulevés, car, comme elle l'a rappelé plus haut, toute déficience de l'enquête affaiblissant sa capacité à établir la cause ou les personnes responsables du décès risque de faire conclure qu'elle ne satisfait pas à l'obligation procédurale découlant de l'article 2 (*Akta* précité, § 300).

43. La Cour souligne les aspects suivants.

44. Elle note en premier lieu qu'une autopsie a été pratiquée le lendemain du décès de Carlo Giuliani par deux médecins mandatés par le parquet. Ces derniers ont constaté que la victime avait été touchée par une seule balle, laquelle avait entraîné la mort. Bien que le scanner « *total body* » effectué sur le cadavre ait révélé la présence d'un fragment métallique fiché dans la tête, les deux experts ne l'ont pas mentionné dans le rapport d'expertise et n'ont pas extrait le fragment en question. Dans sa déposition au « procès des 25 », M. Salvi a déclaré qu'il avait bien tenté d'extraire le fragment en question. En outre, les balles tirées par M.P. n'avaient pas été retrouvées, et, au demeurant, rien n'indique que l'on ait tenté de les retrouver. L'analyse de ce fragment métallique aurait donc été importante pour une évaluation balistique et pour la reconstitution des faits. Quant à la trajectoire suivie par le projectile litigieux, les médecins ont indiqué que celle-ci allait du haut vers le bas, de l'avant vers l'arrière et de la droite vers la gauche, et que la distance de tir avait été supérieure à 50 centimètres. Cependant, il n'a pas été précisé explicitement si le tir avait été direct.

45. Partageant ainsi les doutes du parquet (paragraphe 82 ci-dessus) liés au caractère superficiel des informations recueillies pendant cet examen, la Cour juge en outre regrettable que l'intervalle de trois heures seulement laissé aux requérants entre la notification de l'avis d'autopsie et l'autopsie elle-même les ait vraisemblablement empêchés de mandater un représentant.

46. On ne saurait soutenir que l'autopsie qui a été pratiquée ou les constatations consignées dans le rapport d'autopsie étaient de nature à servir de point de départ à une enquête ultérieure efficace ou à satisfaire aux exigences minimales d'une investigation sur un cas manifeste d'homicide, car elles ont laissé trop de questions cruciales sans réponse. Ces lacunes doivent passer pour particulièrement graves étant donné que le cadavre a ensuite été remis aux requérants et qu'une autorisation d'incinération a été délivrée, ce qui a interdit toute analyse ultérieure, notamment du fragment de métal logé dans le corps.

47. La Cour trouve fort regrettable que le parquet ait autorisé l'incinération du cadavre le 23 juillet 2001, bien avant de connaître les résultats de l'autopsie, et alors que la veille il avait donné aux experts un délai de soixante jours pour remettre leur rapport, d'autant plus que le parquet lui-même a jugé « superficiel » le rapport d'autopsie. Que la non-conservation du corps ait été un obstacle majeur à l'enquête est d'ailleurs confirmé par les quatre experts mandatés par le parquet (paragraphe 71 ci-dessus), qui ont été entravés dans la reconstitution des faits, de sorte que la trajectoire précise du tir mortel n'a pu être déterminée (paragraphe 99 ci-dessus).

48. Eu égard aux lacunes de l'examen médico-légal et à la non-conservation du corps, il n'est pas surprenant que la procédure judiciaire ait débouché sur le classement sans suite de

l'affaire. La Cour conclut que les autorités n'ont pas mené une enquête adéquate sur les circonstances du décès de Carlo Giuliani.

49. En second lieu, la Cour note que l'enquête au niveau national était limitée à l'examen de la responsabilité de F.C. et M.P. Pour la Cour, une telle approche ne peut être considérée comme étant conforme aux exigences de l'article 2, car, comme elle l'a rappelé plus haut (paragraphe 206 ci-dessus), les investigations doivent notamment être approfondies, impartiales et rigoureuses et elles doivent porter sur les circonstances ayant entouré la mort.

A aucun moment il n'a été question d'examiner le contexte général et de voir si les autorités avaient planifié et géré les opérations de maintien de l'ordre de façon à éviter le type d'incident ayant causé le décès de Carlo Giuliani. En particulier, l'enquête n'a nullement visé à déterminer les raisons pour lesquelles M.P. – jugé incapable par ses supérieurs de poursuivre son service en raison de son état physique et psychique (paragraphe 47 et 54 ci-dessus) – n'avait pas été immédiatement conduit à l'hôpital, avait été laissé en possession d'un pistolet chargé et avait été placé dans une jeep privée de protection qui s'était retrouvée isolée du peloton qu'elle avait suivi.

50. La Cour considère que l'enquête aurait dû porter au moins sur ces aspects de l'organisation et de la gestion des opérations de maintien de l'ordre, car elle voit un lien étroit entre le tir mortel et la situation dans laquelle M.P. et F.C. se sont retrouvés. En d'autres termes, l'enquête n'a pas été adéquate dans la mesure où elle n'a pas recherché quelles étaient les personnes responsables de cette situation.

51. Dès lors, il y a eu violation de l'article 2 de la Convention en son volet procédural.

52. Ayant abouti à cette conclusion, la Cour n'estime pas devoir examiner les autres défaillances de l'enquête alléguées par les requérants, notamment l'absence d'indépendance des enquêteurs et des experts.

(...*Omissis*...)

Par ces motifs, la Cour

1. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 de la Convention en son volet matériel pour ce qui est de l'usage excessif de la force ;

2. *Dit*, par cinq voix contre deux, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 de la Convention en son volet matériel pour ce qui est des obligations positives de protéger la vie ;

3. *Dit*, par quatre voix contre trois, qu'il y a eu violation de l'article 2 de la Convention en son volet procédural ;

4. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 3 de la Convention ;

5. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner l'affaire sous l'angle des articles 6 et 13 de la Convention ;

6. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 38 de la Convention

7. *Dit*, à l'unanimité,

a) que l'Etat défendeur doit verser aux requérants, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes :

i. pour les requérants Giuliano Giuliani et Adelaide Gaggio :
– à chacun 15 000 EUR (quinze mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral et

ii. pour la requérante Elena Giuliani :
– 10 000 EUR (dix mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral ;

b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;

8. Rejetée, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus. (...*Omissis*...)

(1-3) I fatti del G8 di Genova e il caso Giuliani: la Corte di Strasburgo censura l'inadeguatezza delle indagini condotte dalle autorità italiane.

Sommario: 1. *La trama argomentativa della sentenza.* - 2. *La proceduralisation delle disposizioni sostanziali.*

1. La trama argomentativa della sentenza.

A distanza di otto anni dalla morte di Carlo Giuliani avvenuta nel corso delle dimostrazioni "no-global" tenutesi a Genova in concomitanza del vertice del G8 del 2001, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto, seppur in relazione al solo profilo procedurale, la violazione del diritto alla vita, lamentata dalla famiglia Giuliani per la perdita del proprio caro, condannando lo Stato italiano a risarcire ai genitori 15.000 € ciascuno e alla sorella della vittima 10.000 € a titolo di danni non patrimoniali.

Considerata la notorietà della vicenda e ritenuto, quindi, superfluo riproporre la ricostruzione dei fatti(1), sui quali, tuttavia, la Corte si è soffermata diffusamente(2), è opportuno prendere in considerazione le argomentazioni addotte dai giudici per negare la sussistenza della violazione dell'art. 2 CEDU sotto il profilo sostanziale e, al contrario, affermarla in relazione all'aspetto procedurale.

In riferimento al primo profilo, la Corte, nel rispondere alle doglianze prospettate dai ricorrenti(3), opera una duplice valutazione.

I giudici di Strasburgo, interrogatisi, in primo luogo, sulla legittimità o meno dell'uso della forza impiegato dal carabiniere Mario Placanica (di seguito "M.P."), nello sparare il colpo di pistola rivelatosi mortale per Giuliani, hanno ritenuto che "nelle circostanze del caso, l'uso di forza letale, sebbene altamente deplorabile, non avesse ecceduto i limiti di ciò che era assolutamente necessario per scongiurare quello che M.P. sinceramente percepì essere reale e costituire un imminente pericolo alla sua vita e alla vita dei colleghi" (§ 225)(4), senza che fosse necessario procedere all'ulteriore esame della compatibilità in astratto con l'art. 2 CEDU delle previsioni legislative in materia di uso delle armi da parte delle forze dell'ordine, limitandosi, peraltro, la questione alla valutazione, operata dai giudici nazionali, della sussistenza delle cause di giustificazione ai sensi dell'art. 52 e 53 cp(5).

In secondo luogo, la Corte, chiedendosi se lo Stato avesse adempiuto all'obbligo di proteggere la vita di Giuliani, ossia "se le operazioni di ordine pubblico fossero state programmate, organizzate e svolte in modo da minimizzare, il più possibile, l'uso di forza letale" (§ 228), ha preso in considerazione il contesto nel quale l'incidente è avvenuto e il modo nel quale la situazione si è sviluppata. Accertati l'adozione da parte del prefetto di Genova di misure rivolte a limitare l'accesso ad aree sensibili della città e il dispiegamento di un numero di notevole di forze dell'ordine, la Corte, riferendosi alle risultanze del "processo dei venticinque"(6), ha sostenuto che gli eventi di Piazza Alimonda, legati alla morte Giuliani, di poche ore successive all'attacco illegale delle forze dell'ordine alla marcia autorizzata delle Tute Bianche, non potevano essere previsti, poiché connessi alla percezione dei rischi legata all'evolvere della situazione. Per questo motivo e per l'assenza di indagini sul punto, la Corte si è rite-

nuta nell'impossibilità di stabilire se "la morte di Giuliani fosse direttamente collegata ai possibili difetti riguardanti la preparazione e lo svolgimento delle operazioni"(7). All'ulteriore doglianza dei ricorrenti riguardo al ritardo nell'assistenza a Giuliani, una volta ferito, la Corte, ripercorrendo la tempistica dei soccorsi, non esita a rispondere con una netta negazione.

Anche sotto il profilo procedurale, le conclusioni della Corte, che tengono conto solo di taluni aspetti della lagnanza sollevata da parte ricorrente in relazione all'ineffettività dell'inchiesta condotta dal PM(8), sono frutto di una duplice considerazione. La prima riguarda l'insufficienza e inadeguatezza delle risultanze dell'autopsia condotta sul corpo di Giuliani per non aver soddisfatto i requisiti minimi di indagine richiesti in un caso molto chiaro di omicidio, poiché, nello specifico, pur avendo la scansione totale del corpo rivelato la presenza di frammenti metallici del proiettile nel cranio della vittima, i tecnici non solo non la menzionarono nel loro rapporto, ma non rimossero nemmeno i frammenti in questione, non preoccupandosi, peraltro, del mancato ritrovamento dei due proiettili sparati da M.P.; difetto questo molto grave anche in considerazione del fatto che l'autorizzazione data dal PM ai familiari per procedere alla cremazione del cadavere, solo tre giorni dopo la morte e prima che i risultati dell'autopsia potessero essere resi noti, impedì agli esperti(9) la corretta ricostruzione degli eventi e, in particolare, della traiettoria del proiettile(10).

La seconda concerne l'incompletezza dell'indagine per non aver preso in considerazione l'intero contesto della vicenda ed essersi limitata a valutare l'eventuale sussistenza della responsabilità dei due carabinieri, e non anche ad identificare i reali responsabili dell'evento letale(11).

Trascurando i profili della sentenza relativi agli artt. 3(12), 6 e 13(13), 38(14) CEDU, sui quali gli stessi giudici non pongono attenzione, è opportuno approfondire gli aspetti inerenti all'art. 2 CEDU(15), soffermandoci, dapprima, su quelli di natura sostanziale.

A tal proposito, merita un breve accenno la sentenza *McCann*(16), definita dalla dottrina unanime come il *leading case* in materia di interpretazione dell'art.2 CEDU, in quanto permette di identificare sia gli elementi essenziali da prendere in considerazione per valutare la sussistenza della violazione dell'obbligo negativo dello Stato; sia il riferimento implicito agli obblighi positivi.

In particolare, sotto il primo profilo, la Corte offre un'interpretazione restrittiva(17) delle deroghe al diritto alla vita, previste dal par. 2 dell'art. 2(18), affermando che l'uso della forza letale sia legittimo qualora superi il test della "assoluta necessità", che si differenzia dalla clausola meno stringente della "necessità in una società democratica", utilizzata per giustificare le deroghe ad altri diritti convenzionali; e quello, derivante dal primo, della "proporzionalità" che deve essere vagliato caso per caso, tenendo conto dello scopo perseguito, del pericolo per la vita o l'integrità delle persone e della possibilità che la violenza utilizzata provochi delle vittime(19).

Nel caso Giuliani, la ritenuta sussistenza della assoluta necessità del ricorso all'utilizzo dell'arma da parte di Placanica al fine di assicurare la difesa di sé e degli altri carabinieri dalla violenza illegale dei dimostranti, ai sensi del par. 2. lett. a) dell'art. 2, viene svolta tenendo conto delle risultanze condotte sul piano interno alla luce degli artt. 53 e 52 cp., disposizione quest'ultima, la cui incompatibilità con lo stesso art. 2, denunciata da parte della dottrina italiana(20), non sembra affiorare dal ragionamento dei giudici. Sebbene i criteri per la valutare la sussistenza della legittima difesa e del legittimo uso delle armi nell'ordinamento italiano siano meno rigidi rispetto a quelli previsti dal comma 2 dell'art. 2 CEDU, la Corte non ha sindacato la scelta del giudice italiano, ar-

rivando, con l'utilizzo dello standard di "assoluta necessità", alle medesime risultanze dell'analisi condotta nell'ordinamento interno alla luce del criterio della "necessità".

Tra gli obblighi positivi nascenti dall'art. 2 CEDU, la sentenza *Mc Cann* ha individuato quello relativo alle modalità di conduzione delle indagini, consistente nel compito delle autorità statali di pianificare adeguatamente le operazioni militari e di polizia che prevedono l'uso della forza per prevenire la perdita di vite umane (c.d. "obbligo di prevenzione"). Come meglio specificato dalla giurisprudenza successiva, il rispetto di tale obbligo si può concretizzare nell'adozione di misure di carattere generale, ossia nell'istituzione di un sistema adeguato per la protezione del diritto alla vita; e nell'adozione di misure positive di tutela individuale, la cui necessità è da rapportare alla prevedibilità degli atti lesivi a danno del singolo(21).

Proprio l'imprevedibilità degli eventi di piazza Alimonda ha costituito un impedimento all'identificazione di quali misure fossero necessarie per affrontare quella situazione e, quindi, uno dei motivi della ritenuta sussistenza del rispetto dell'obbligo di prevenzione nella sentenza Giuliani; d'altro canto, come è stato evidenziato più volte(22), l'obbligo in questione non può essere tale da includere la prevenzione di qualsiasi potenziale violenza criminale, fattore che, altrimenti, comporterebbe oneri eccessivi a carico delle autorità statali.

Tuttavia, il mancato accertamento, nel caso di specie, di una violazione sostanziale dell'art.2 anche sotto questo aspetto, non impedisce alla Corte di prendere in considerazione l'eventuale violazione degli obblighi procedurali come autonoma fonte di responsabilità.

2. La "proceduralisation" delle disposizioni sostanziali.

L'esame del profilo procedurale dall'art.2 CEDU merita un approfondimento a parte in relazione a alla sua origine o meglio i motivi che l'hanno accompagnata e alla sua portata.

Come si evince dall'analisi di autorevole dottrina(23), l'individuazione di obblighi positivi e, in particolare, di quello di natura procedurale(24) costituisce la risposta alla necessità di affrontare quei casi in cui la Corte, a causa della difficoltà di una ricostruzione attendibile dei fatti e delle responsabilità in gioco, si è trovata nell'impossibilità di imputare agli organi dello Stato una violazione sostanziale di una disposizione della Convenzione.

La considerazione dell'aspetto procedurale emerge per la prima volta sempre nella sentenza *Mc Cann* nei seguenti termini: "un generale divieto legale di uccisioni arbitrarie da parte degli agenti dello Stato non sarebbe effettivo se non ci fossero procedure atte a controllare la legalità dell'uso della forza da parte delle autorità statali"(25). L'esigenza di procedere ad una qualche forma di indagine effettiva ai sensi dell'art.2 si fonda sia sull'obbligo delle parti contraenti, ai sensi dell'art.1, di assicurare a ciascuno i diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione; sia sull'obbligo generale, ex art.13 CEDU, di rendere disponibili rimedi effettivi agli individui che lamentino la violazione dei propri diritti. Spetta, quindi, allo Stato, in virtù della sua posizione privilegiata di unico conoscitore reale delle circostanze fattuali e motivazionali dell'omicidio, mettere in essere questo tipo di controllo, necessario al fine di mantenere la fiducia del pubblico nell'amministrazione della giustizia e nello stato di diritto. È a partire, poi, dal primo caso nel quale si constata la violazione di questo obbligo, la sentenza *Kaya c. Turchia*(26), che si sviluppa un filone giurisprudenziale tendente non solo a valorizzare tale profilo in svariate fattispecie, come nel caso di uccisioni verificatesi durante dimostrazioni(27); ma anche ad affermare una vera e propria "dottrina dell'aspetto procedurale"(28), rispetto alla quale la pronuncia Giuliani si pone in soluzione di continuità.

Anche per quanto concerne la portata dell'obbligo di indagine effettiva si ravvisa un'evoluzione segnata dalle pronunce dell'istanza sovranazionale: se nella sentenza *McCann*, precedente di imprescindibile considerazione, non vengono proposti standard precisi per valutare l'effettività delle indagini condotte, essendo preferibile procedere ad un esame caso per caso, fondato su una sorta di relazione direttamente proporzionale tra la mancanza di chiarezza delle circostanze di fatto e la necessità di svolgere indagini adeguate; successivamente, nonostante la riaffermata dipendenza della valutazione positiva dell'idoneità delle indagini dalla considerazione della situazione profilatasi in concreto e quindi l'inutilità ravvisata da taluno(29) di procedere ad una specificazione del contenuto degli obblighi investigativi, si vengono a delineare dei criteri direttivi(30) per svolgere tale esame, dei quali si ritiene opportuno fornire un'elencazione:

I. l'indipendenza dei responsabili dell'indagine dagli indagati(31) sotto il profilo della gerarchia e della verifica dei fatti(32);

II. la prontezza e speditezza delle indagini(33), finalizzate a preservare la fiducia del pubblico nel principio di eguaglianza e ad evitare che si crei un'impressione di tolleranza nei confronti di atti illegali;

III. l'obbligo di condurre l'indagine con sufficiente rigore(34), in modo da assicurare il raggiungimento della prova dell'uso della forza;

IV. l'obbligo di garantire che tutte le indagini permettano di determinare se la forza impiegata è stata più o meno giustificata dalle circostanze e di identificare e punire i responsabili(35), obbligazione che si qualifica quindi come di mezzi e non di risultato;

V. la sussistenza di un sufficiente elemento di controllo pubblico dell'indagine e dei suoi risultati, che si traduce nella possibilità dei parenti delle vittime di partecipare al processo di indagine nella misura richiesta per la protezione dei loro interessi legittimi(36).

Nonostante le censure sollevate dalla famiglia Giuliani in relazione a ciascuno di questi profili, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto sufficiente concentrarsi solo *sub IV.*, misurando l'ineadeguatezza dell'indagine alla superficialità dell'autopsia e alla mancata individuazione dei responsabili alla luce del contesto complessivo della vicenda.

In questo caso la Corte ha ritenuto lo Stato italiano responsabile a causa della condotta della magistratura inquirente, senza spingersi, come ha fatto in altre fattispecie, a censurare il quadro normativo e regolamentare di riferimento vigente a livello nazionale in materia di uso della forza(37).

Ci si può infine interrogare con riguardo all'efficacia di quello che è diventato un vero e proprio metodo di lavoro della Corte, ossia ci si chiede se la cd. *proceduralization* di disposizioni sostanziali possa considerarsi un modo valido e apprezzabile per proteggere i diritti in gioco.

Si ritiene, senz'altro, di poter condividere l'opinione di chi(38) legge nella considerazione dell'aspetto procedurale del diritto alla vita un fattore di extraprotezione del diritto stesso che implica un progresso del diritto internazionale dei diritti umani non solo nella misura in cui impone un ulteriore obbligo agli Stati, ma anche poiché funziona come deterrente nei confronti di possibili azioni deplorable da parte dei singoli appartenenti alle forze armate e costituisce un esempio per le altre giurisdizioni preposte alla tutela dei diritti umani. D'altro canto, non convince la critica, avanzata dallo stesso autore, circa l'eccessiva vaghezza degli standard di valutazione dell'idoneità delle indagini condotte dalle autorità nazionali, che non tiene conto dello sforzo della giurisprudenza, già diffuso negli anni in cui scrive, di individuare dei criteri direttivi a tal fine preposti; e la

soluzione, dal medesimo proposta, di previsione da parte della Corte di specifiche linee guida, sul modello dei Principi e del Manuale dell'ONU sull'effettiva prevenzione e indagine delle esecuzioni illegali, arbitrarie e sommarie, che facilitino il rispetto dello standard da parte dei governi e il ruolo dell'interprete, depoliticizzando tra l'altro gli stessi processi di conduzione delle indagini e di valutazione della loro effettività. Sotto quello ultimo profilo, non si sottace il rischio di proporre un catalogo troppo fitto di linee guida e di complicare il lavoro dell'interprete che si trovi a dovere valutare l'effettività di indagini in relazioni a casi particolari, meglio apprezzabile con un esame caso per caso.

Sebbene non si possa contestare la positività del risultato al quale si perviene tramite l'utilizzo di questo modo di procedere da parte della Corte, nella misura in cui, non potendosi affermare la violazione dell'aspetto sostanziale del diritto, la si riconosce sotto quello procedurale; bisogna dar conto delle critiche avanzate da più parti (39), secondo le quali il metodo di lavoro stesso sarebbe un semplice espediente utilizzato dalla Corte per evitare di prendere in esame questioni sostanziali di una certa complessità e, quindi, di esporsi ad una responsabilità in tal senso.

A queste critiche risponde, più di recente, autorevole dottrina straniera (40) che rinviene nella *proceduralisation* dell'art.2 la finalità di assicurare l'effettività della CEDU nel diritto nazionale ponendo obblighi procedurali a carico delle Parti Contraenti. Questa operazione comporterebbe una limitazione del ruolo di controllo della Corte, che in virtù del principio di sussidiarietà, verrebbe ad intervenire solo nei casi di mancato rispetto delle procedure nazionali. L'effetto, di certo apprezzabile, sarebbe, quindi, quello di far slittare la protezione dei diritti umani dal piano internazionale a quello nazionale.

Alla luce di tali considerazioni, si può ben dire che la sentenza Giuliani, nel condannare per la prima volta l'Italia per violazione dell'art. 2 CEDU sotto il profilo procedurale, costituisca un monito importante rivolto alla magistratura ad adempiere correttamente agli obblighi investigativi e un sollecito invito alle parti a non trascurare le potenzialità della tutela dei diritti davanti ai giudici di Strasburgo ai sensi dell'art.2 CEDU, qualora il processo nazionale interno finalizzato a stabilire la responsabilità per morte cagionata dall'uso di forze letali da parte della forza pubblica si sia concluso con un provvedimento di archiviazione (41).

Veronica Gaffuri

Note:

(1) I primi commenti del caso Giuliani, in relazione alla decisione di ammissibilità della Corte Europea dei diritti dell'uomo, si rinvengono in F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della CEDU*, in *Giur. Di Merito*, 2008, 93 ss.; in V. MAZZARELLI, *Luglio 2001: il G8 di Genova di fronte ai diritti umani*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie.*, 2007, 83 ss.; e in N. LETTIERI, *L'art.2. della Convenzione sui diritti umani sul diritto alla vita*, in *Giur. Di Merito*, 2009, 2312 ss.

(2) A tal proposito si ricorda la disapprovazione manifestata da taluni giudici, preposti alla decisione del caso in esame, nelle proprie motivazioni parzialmente dissenzienti. I giudici Casadevall e Garlicki hanno considerato la sentenza "eccessivamente lunga" e ricca di dettagli non necessari, e il giudice Zagrebelsky, dando conto della natura decisamente controversa a livello nazionale degli eventi in oggetto, ha evidenziato il rischio di una lettura partigiana, aggravato dal ritardo avutosi per pervenire alla decisione della controversia.

(3) I ricorrenti si lamentano dell'uso eccessivo della forza impiegato dal carabiniere Placanica, negando l'ipotesi della deviazione del proiettile e l'esposizione a pericolo di morte dei carabinieri a bordo della jeep; e della responsabilità dello Stato per difetto di organizzazione e gestione comples-

siva dell'operazione, dovuta a molteplici fattori: la mancanza di regolamentazione a livello nazionale dell'uso delle armi o la difformità di quella esistente agli standards internazionali; il difetto di regolamentazione inerente alla selezione e preparazione del personale delle forze dell'ordine; la difformità dell'equipaggiamento dei carabinieri ai principi delle Nazioni Unite; la confusione generata da ordini di servizio contrastanti; la mancata adozione di misure necessarie per salvaguardare le vite; l'uso di jeep non blindate; la difficoltà nel sistema di comunicazione tra carabinieri; il mancato intervento delle altre forze di polizia per frenare l'attacco alle jeep dei carabinieri.

(4) Tale valutazione si basa sulla ricostruzione dei fatti immediatamente precedenti la morte di Giuliani. Durante gli scontri tra le Tute Bianche e le forze dell'ordine, una delle due jeep non blindate, che si trovano alle spalle del reparto esposte all'attacco dei manifestanti, jeep sulla quale viaggiava Mario Placanica e altri due carabinieri, rimase bloccata in Piazza Alimonda e fu accerchiata da un gruppo di manifestanti armati con pietre, bastoni e spranghe di ferro, che gridando insulti e minacce nei confronti delle persone a bordo del veicolo e non desistendo dal lanciare sassi contro la jeep, ne ruppero il lunotto posteriore e i due finestrini adiacenti dell'auto. Mario Placanica, rannicchiato in stato di panico nel retro della jeep, nel tentativo di proteggersi con uno scudo, urlò ai manifestanti di allontanarsi e poco dopo, indirizzando la pistola verso il lunotto posteriore, sparò due colpi, uno dei quali raggiunse il volto di Giuliani che a pochi metri dal veicolo aveva appena raccolto da terra un estintore vuoto.

(5) Il Gip di Genova, disponendo l'archiviazione della procedura nei confronti di Placanica, ha individuato la sussistenza dei presupposti del legittimo uso di armi ai sensi dell'art. 53 c.p., poiché l'impiego della pistola per sparare verso l'alto era giustificato dalla situazione di estrema violenza in cui si trovava il carabiniere, direttamente minacciato nella sua integrità fisica; e della legittima difesa ai sensi dell'art. 52 c.p., in quanto l'azione del Carabiniere era "generata dal bisogno di proteggere l'integrità fisica delle persone a bordo del veicolo ed era proporzionata all'importanza dei beni da difendere e ai mezzi a sua disposizione per difenderli" (§ 102).

^v Si fa riferimento al procedimento a carico di venticinque dimostranti per diversi tipi di reato tra i quali furto, distruzione di proprietà, saccheggio e atti di violenza perpetrati contro le forze di polizia connessi agli eventi del 20 luglio - a conclusione del quale il Tribunale di Genova, con decisione pubblicata il 13 marzo 2008, ha ritenuto che le condotte degli imputati, appartenenti alle Tute Bianche, fossero la "necessaria risposta" all'attacco arbitrario e illegale dei carabinieri nei loro confronti, ma che il perdurare della reazione di quest'ultime, con l'inseguimento dei carabinieri e l'attacco alla jeep, sulla quale viaggiava Placanica, dopo la cessazione dell'intervento offensivo delle forze dell'ordine, non fosse più giustificato.

(6) Tali conclusioni non sono, tuttavia, condivise dai giudici Bratza e Sikuta, secondo i quali "la grave e inquietante mancanza di coordinazione ed effettivo controllo sulle operazioni di sicurezza nel pomeriggio del 20 luglio" costituirebbero la "causa diretta della situazione in cui M.P. un carabiniere giovane e senza esperienza, che era ferito, vulnerabile e in stato di panico, fece ricorso alla forza letale che ebbe come effetto la tragica perdita di vita".

(7) La ritenuta incompletezza dell'indagine viene ricondotta dai ricorrenti alle seguenti cause: la responsabilità dei superiori gerarchici nell'organizzazione e programmazione delle operazioni; la mancata possibilità di partecipazione all'indagine; il difetto di imparzialità del ruolo svolto dai carabinieri e da uno dei consulenti balistici che in tempo precedente alla perizia aveva già pubblicato un articolo su una rivista scientifica sostenendo la tesi della legittima difesa della condotta di Placanica.

^{viii} Si fa riferimento alla difficoltà riscontrata da un gruppo di esperti nominati dal giudice a procedere ad un rapporto balistico completo.

(8) Non condividono tale valutazione il giudice Zagrebelsky, secondo il quale l'autopsia non sarebbe stata superficiale, essendo molto difficile estrarre il frammento metallico dal cranio della vittima, tra l'altro poco utile ai fini dei rapporti balistici, e l'autorizzazione del PM sarebbe stata legittima poiché la necessità di conservare il corpo per svolgere ulteriori analisi non era prevedibile; e i giudici Casadevall e Garlicki che, a fronte dell'accertamento di un nesso causale tra lo sparo di M. P. e la morte della vittima, hanno ritenuto superflua un'ulteriore autopsia.

(9) Anche tale valutazione viene contestata dal giudice Zagrebelsky, il quale ha ritenuto che l'indagine del PM avesse tenuto conto dell'intero contesto della morte di Giuliani, come si evincerebbe tra l'altro dal processo dei venticinque e dai giudici Casadevall e Garlicki per la mancanza di connessione tra un'indagine relativa all'organizzazione e gestione delle operazioni di ordine pubblico e lo specifico incidente di breve durata di Piazza Alimonda.

(10) La Corte ha ritenuto non necessario esaminare il caso sotto il profilo dell'art. 3 CEDU, la cui violazione veniva allegata dai ricorrenti per la pretesa assimilazione a trattamento disumano e degradante del difetto di assistenza immediata a Giuliani, in quanto dalla condotta delle forze dell'ordine non era desumibile l'intenzione di infliggere dolore e sofferenza alla vittima.

(11) Anche relativamente a questi articoli, invocati dai ricorrenti per la mancanza di rimedi idonei a richiedere un'indagine più dettagliata nel rispetto del contraddittorio, i giudici di Strasburgo non hanno ritenuto necessario esaminare il caso, essendo già stata dichiarata la violazione dell'art. 2.

(12) La Corte non ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 38 CEDU, lamentata dai familiari di Giuliani in relazione alle risposte false e incomplete e all'omissione di dettagli da parte del governo italiano, poiché l'incompletezza delle informazioni fornite dal governo non ha impedito di prendere in esame il caso.

(13) Per un'analisi dei profili di interesse dell'art. 2 CEDU e della relativa giurisprudenza si rimanda alla vastissima dottrina straniera che si sofferma sulle singole disposizioni della Convenzione; rinviando, invece, per quanto concerne la dottrina italiana, al lavoro di S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, 2001, Padova, 35-47.

(14) *Mc Cann c. Regno Unito* (ric. n. 17/1994/464/545), sentenza 27 settembre 1995. Il caso riguarda l'uccisione barbara da parte del governo di due presunti terroristi appartenenti all'IRA colti nell'atto di conversare con una ragazza sulla Rocca di Gibilterra.

(15) Tale sentenza costituisce una controtendenza rispetto alle valutazioni piuttosto aperte alle ragioni dello Stato, operate dalla Commissione e dalla Corte di Strasburgo fino agli anni Novanta.

(16) Le finalità indicate dal para.2 dell'articolo 2 sono le seguenti: Assicurare la difesa di qualsiasi persona dalla violenza illegale (lett.a); eseguire un arresto legale o impedire l'evasione di una persona (lett.b); reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o una insurrezione (lett.c).

(17) Si vedano a tal proposito le sentenze *Andrinocou e Constantinou c. Cipro* (ric. n. 86/1996/705/897), sentenza 9 ottobre 1997, e *Erdogan c. Turchia* (ric. n. 19807), sentenza 25 aprile 2006.

(18) Fornisce un esame di tale aspetto il contributo di F. CONSORTE, *La presunzione di proporzionalità in una prospettiva internazionale: spunti interpretativi*, in *Cass. pen.*, 2006, 2653 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., 92 ss.; F. VIGANÒ, *Spunti per un "progetto alternativo" di riforma della legittima difesa*, in E. DOLCINI- C.E. ALIERO (a cura di) *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 2041; F. SIRACUSANO, *Questioni ancora aperte sulla riforma della legittima difesa*, in *L'Ind. Pen.*, 2008, 47.

(19) *Osman c. Regno Unito* (ric. n. 23452/94), sentenza 28 ottobre 1998.

(20) E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., 273-274. Nel caso *Gongadze c. Turchia* (ric. n. 34056/02), sentenza 8 novembre 2005, la Corte ha specificato che l'obbligo di prevenzione nasce solo in conseguenza alla notizia di una minaccia concreta e reale per la vita di individui determinati. Sulla base di tale statuizione, in diversi casi la Corte non ha rinvenuto la sussistenza della violazione dell'obbligo di prevenzione, come nel caso *Mastromatteo c. Italia*, (ric. n. 37703/97), sentenza 24 ottobre 2002, ove la Corte ha giudicato imprevedibile l'omicidio commesso durante una rapina da un gruppo di malviventi in permesso premio.

(21) F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003, 90 ss.

(22) Si sofferma sugli obblighi positivi derivanti dall'art.2 Cedu anche E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 264-274.

(23) *Mc Cann c. Regno Unito*, cit., §161.

(24) *Kaya c. Turchia* (ric. n. 22792), sentenza 24 ottobre 1996. Nel caso di specie non era stato accertato se la vittima era un terrorista, mentre i risultati dell'autopsia non si erano mostrati sufficientemente affidabili.

(25) *Gulec c. Turchia* (ric. n. 22676/93), 28 luglio 1998

(26) *Ergi c. Turchia* (ric. n. 23818/94), sentenza 2 settembre 1998; *Yasa c. Turchia* (ric. n. 22495/93), sentenza 2 settembre 1998.

(27) J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance. A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in The European Convention on Human Rights*, 2008, 491.

(28) Tali principi sono ripresi nelle sentenze *McShane c. Regno Unito* (ric. n. 43290/1988), sentenza 28 maggio 2002, *Hugh Jordan c. Regno Unito* (ric. n. 24746/94), sentenza 4 maggio 2001.

(29) *Gulec c. Turchia*, cit., §81-82; *Özgür Gündem c. Turchia* (ric. n. 23144/93), sentenza 16 marzo 2000, §91-92; *Mc Cann c. Regno Unito*, cit., § 95.

(30) *Ergi c. Turchia*, cit., §83-84.

(31) *Hugh Jordan c. Regno Unito*, cit., §108; *Kelly e altri c. Regno Unito*, (ric. n. 30054/96) sentenza 4 maggio 2001, §132

(32) *Gulec c. Turchia*, cit., §79; *Kaya c. Turchia*, cit., §90; *Hugh Jordan c. Regno Unito*, cit., §107; *Shanaghan c. Regno Unito* (ric. n. 37715/97) sentenza 4 maggio 2001, §90; *Vélikova c. Bulgaria* (ric. n. 41488/98) sentenza 18 maggio 2000, §83; *Tamrikulu c. Turchia* (ric. n. 23763/94) sentenza 8 luglio 1999, §106; *Gul c. Turchia* (ric. n. 22676/93) sentenza 14 dicembre 2000, § 89.

(33) *Kelly e altri c. Regno Unito*, cit., §96; *Tahsin Acar c. Turchia* (ric. n. 26307/95) sentenza 8 aprile 2004, §220-225; *McShane c. Regno Unito*, cit., §117; *Hugh Jordan c. Regno Unito*, cit., §123; *Akta c. Turchia* (ric. n. 24351/94), sentenza 24 aprile 2003, §300; *Ramshai c. Paesi Bassi*, (ric. n. 52391/99) sentenza 10 novembre 2005, §326-355.

(34) *McKerr c. Regno Unito* (ric. n. 28883/95) sentenza 4 maggio 2001, §115; *McShane c. Regno Unito*, cit., §114.

(35) *Nachova c. Bulgaria* (ric. n. 43577/98 e 43579/98), sentenza 6 luglio 2005; *Makaratzis c. Grecia* (ric. n. 50385/99), sentenza 20 dicembre 2004 (Grande Camera). In queste due sentenze la Corte censura l'inadeguatezza della legislazione dello Stato resistente in tema di legittimo uso delle armi.

(36) KARA E. IRWIN, *Prospects for Justice: the Procedural Aspect of the Right to Life Under the European Convention on Human Rights and its Applications to Investigations of Northern Ireland's Bloody Sunday*, in *Fordham Int'l L.J.*, 1999, 1822 ss.

(37) A. MOWBRAY, *Duties of Investigation under the European Convention on Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, 445; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proporzionalità dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme - prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, 2001, 340.

(38) J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance. A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in The European Convention on Human Rights*, cit., 485-503; R. MÖLLER, *Verfahrensdimensionen materieller Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Francoforte, Berlino, Berna, Bruxelles, New York, Oxford, Vienna, 2005.

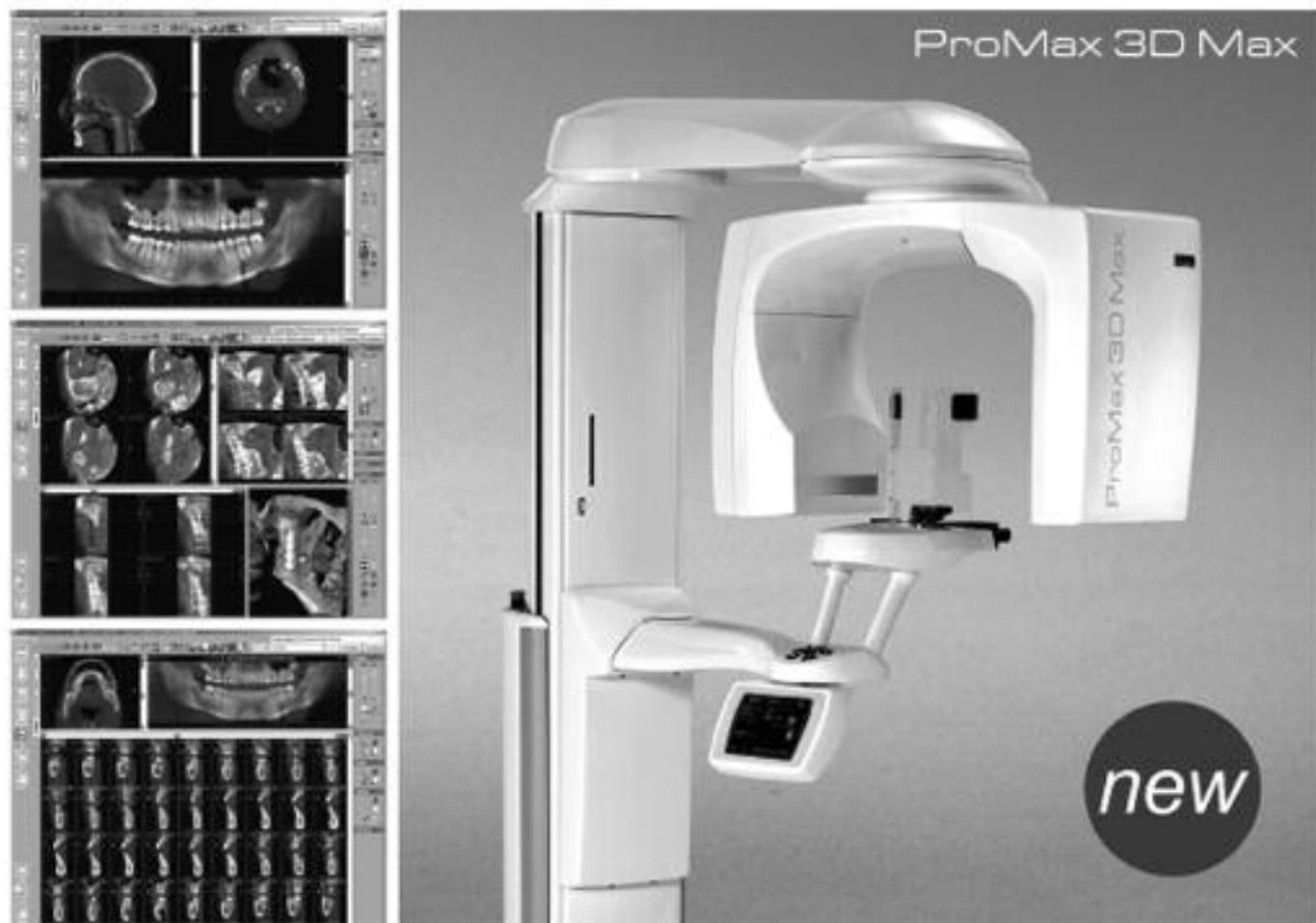
(39) F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della CEDU*, cit., 98. L'autore mette in luce come si possa procedere al medesimo risultato a seguito di procedura conclusasi con sentenza di assoluzione come nel caso *Makaratzis* e con una sentenza di condanna a pena non conforme agli standard ex art.2 come nel caso *Nachova*.



Imaging 3D

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 Planmecca per l'Italia

Massime

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 13 giugno 2009, n. 680 – Giudice Petri.

COMPETENZA PER TERRITORIO – utilizzo indebito di carta di credito per pagamento acquisti effettuati on line – locus commissi delicti – postazione operativa.

(Art. 16 c.p.p.; 12 L. 05/07/91 n. 197)

Nel caso di acquisti effettuati on line sulla rete internet mediante indebito utilizzo di carta di credito altrui, con mezzi artificiosi di volta in volta diversi, è verosimile ritenere che i reati siano stati consumati dall'imputato nella sua postazione operativa nel proprio domicilio e deve pertanto ritenersi competente per tutti il giudice competente per tale luogo.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 14 maggio 2009, n. 595 – Giudice Papillo.

DELITTI CONTRO IL PATRIMONIO – furto in abitazione – invito della persona offesa – ingresso e trattamento indebito – esclusione – furto semplice – sussistenza – aggravante approfittamento ospitalità – sussistenza.

(Art. 624, 624 bis e 61 n. 11 c.p.)

In materia di furto qualora risulti che la persona offesa, stante la sua amicizia con l'imputato, lo abbia fatto entrare in camera sua ed ivi questi abbia approfittato della sua assenza momentanea per sottrarre il computer e il telefono ed allontanarsi, il fatto deve essere qualificato nei termini del reato di cui all'art. 624 c.p. aggravato ex art. 61 n. 11 c.p. e non dell'art. 624 bis perchè l'imputato non entrò nè si intratteneva indebitamente nell'abitazione della persona offesa.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 23 luglio 2009, n. 939 – Giudice Fucigna.

DELITTI CONTRO LA LIBERTÀ MORALE – stalking – minacce gravi, percosse e molestie reiterate – perdurante stato di ansia e paura indotto nella persona offesa – sussistenza.

(Art. 612 bis c.p.)

Integra il reato di cui all'art. 612 bis c.p. il comportamento di chi con condotte reiterate abbia usato violenza ed abbia minacciato di morte e molestato l'ex convivente, sia con il mezzo del telefono inviandole SMS dal contenuto offensivo e minaccioso, sia seguendola sulla pubblica via, appostandosi sotto l'abitazione e presso la scuola frequentata dai figli, così provocando alla predetta un grave stato di ansia e di paura per l'incolumità propria e dei figli nonché della madre, tanto da costringerla ad alterare le proprie abitudini di vita ed in particolare ad abbandonare il domicilio comune e tornare presso l'abitazione della madre, a cambiare abitazione più volte (almeno sette) unitamente ai figli, alla madre ed ai quattro fratelli conviventi, nonché ad uscire di casa sempre accompagnata.

Nello specifico, durante la convivenza l'imputato percuoteva con frequenza quasi giornaliera la persona offesa costringendola a rimanere a casa. Successivamente, a causa del reiterato comportamento persecutorio, costringeva la donna ed il suo nucleo familiare a trasferirsi. Più volte minacciava di morte la convivente costringendola per paura a non uscire di casa; in più circostanze percuoteva la predetta cagionandole anche lesioni. In altre due occasioni dopo aver minacciato di morte l'ex convivente una volta ne incendiava l'auto, in un'altra esplodeva alcuni colpi di arma da fuoco nei pressi della sua abitazione.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 13 maggio 2009, n. 510 – Giudice Baldini.

DELITTI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – corruzione – prova del pactum sceleris per il compimento di atto contrario ai doveri d'ufficio o comunque della promessa del compimento – assenza – insussistenza.

(Artt. 319 e 321 c.p.)

Non può ritenersi configurabile il delitto di corruzione propria ex artt. 319-321 c.p. laddove non possa ricavarsi la prova dell'atto (o degli atti) contrario (o contrari) ai doveri d'ufficio da porsi in rapporto sinallagmatico con la dazione da parte del privato al pubblico ufficiale, anche se tale dazione risulti invece provata.

Infatti, come sostiene la Corte di Cassazione (cfr. in termini sez. VI n. 33435/06), il reato di corruzione trae forza vitale e fondamento dal "pactum sceleris" tra privato e pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio). Si tratta di un illecito che si sostanzia in condotte convergenti ed embricate, in reciproca saldatura e completamento, idonee ad esprimere, nella loro fisiologica interazione, un unico delitto a compartecipazione necessaria. Da ciò consegue che il reato si configura solo se entrambe le condotte, del funzionario e del privato, sussistono probatoriamente e la perfezione dell'illecito avviene alternativamente con l'accettazione della promessa o con il ricevimento effettivo dell'utilità.

D'altra parte la stessa giurisprudenza che afferma come non sia necessario individuare lo specifico atto contrario ai doveri d'ufficio per ritenere configurabile il reato di cui all'art. 319 c.p. ritiene però necessario che dal comportamento del pubblico ufficiale emerga comunque un atteggiamento diretto in termini concreti a vanificare la funzione demandatagli, poichè solo in tal modo può ritenersi integrata la violazione dei doveri di fedeltà, imparzialità e del perseguimento esclusivo degli interessi pubblici che sullo stesso incombono.

Nel caso di specie pertanto non sussiste il reato di corruzione poichè l'assunto contenuto nel capo di imputazione – secondo il quale le dazioni del privato (e, specularmente, i vantaggi economici percepiti dal pubblico ufficiale) sarebbero state poste in essere "al fine di ottenere dal pubblico ufficiale un atteggiamento benevolo in caso di verifiche fiscali alle sue imprese o di indagini volte all'accertamento di violazioni tributarie" è assolutamente sprovato di prova.

Non risultando che il privato fosse sottoposto all'epoca dei fatti a nessuna verifica fiscale ad opera della Guardia di Finanza (nè

che accertamenti del genere fossero in programma nell'immediato futuro), non solo non si profila dunque assolutamente individuabile uno specifico atto contrario ai doveri dell'ufficio in relazione al quale le dazioni del privato costituissero il tantundem, ma, addirittura, difetta la prova di uno specifico accordo fra imprenditore e militare volto al mercimonio della pubblica funzione da quest'ultimo esercitata. I più volte menzionati "atti di liberalità" posti in essere dall'imputato – per quanto disdicevoli ed inopportuni, e, verosimilmente, rilevanti per il pubblico ufficiale sotto il profilo amministrativo e/o disciplinare – non possono in altre parole che rimanere circoscritti a regalie volte ad accattivarsi la simpatia e la benevolenza dell'alto ufficiale della Guardia di Finanza, in quanto tali, tuttavia, insuscettibili di assurgere a fatti penalmente rilevanti. (Non va d'altro canto sottaciuto a tale riguardo come fra i due giudicabili sussistesse un pregresso rapporto di frequentazione e di amicizia, rapporto che "scolora" ancor più la connotazione *latu sensu* illecita che indubbiamente caratterizza la vicenda in esame)

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 5 giugno 2009, n. 701 – Giudice Carpanini.

DELITTI CONTRO L'ORDINE PUBBLICO – associazione per delinquere – reato a forma libera – elementi costitutivi del reato – accordo di almeno tre persone – prova dell'accordo – struttura organizzativa – partecipazione degli associati alla realizzazione degli illeciti – mancanza della prova della consapevolezza di far parte dell'associazione – insussistenza.

(Art. 416 c.p.)

MISURE SI SICUREZZA – confisca ex art. 12 sexies, L 356/1992 – nesso eziologico fra i reati per cui si procede e i beni – presunzione relativa di illecita accumulazione – inversione dell'onere probatorio – inoperatività della presunzione.

(Art. 648 c.p.; art. 12 sexies, L 356/1992)

Costituisce elemento essenziale per l'individuazione del reato di associazione per delinquere l'accordo tra almeno tre persone, finalizzato e consapevolmente teso ad un generico programma delittuoso, accordo in forza del quale si instaura tra i partecipanti un vincolo associativo, ovvero l'*affectio societatis scelerum*. Dal che discende la secondarietà della struttura organizzativa, che si pone a substrato del sodalizio ed il cui accertamento è richiesto al fine di comprovare l'accordo. Ciò comporta inoltre che, sotto il profilo ontologico, è del tutto sufficiente un'organizzazione minima. L'associazione dunque esiste se ed in quanto sia sorto quel tipo di accordo fra più persone, consapevolmente intenzionate a realizzare quel programma delittuoso, anche a prescindere dalla concreta realizzazione degli illeciti e dalla partecipazione agli stessi di tutti gli associati e, comunque, per il tempo necessario alle esigenze richieste dall'esecuzione dei delitti programmati.

L'esistenza di tale accordo, per il quale non è prevista forma particolare, com'è ovvio in relazione alla natura illecita, può e deve desumersi dalle condotte tenute dalle persone nei cui confronti è operata la contestazione, condotte sostanzialmente rivelatrici, in modo pressoché univoco, dell'accordo sottostante.

Va inoltre sottolineato come il delitto in esame si configuri quale reato a forma libera, nel senso che qualsiasi tipo di azione, con qualsiasi modalità eseguita, purché ovviamente causale rispetto all'evento tipico, è costitutiva della materialità del fatto di tale delitto. Sotto il profilo dell'elemento psicologico, pur non essendo necessaria

la conoscenza reciproca di tutti gli associati, occorre la consapevolezza e volontà di partecipare assieme ad almeno altre due persone aventi la stessa consapevolezza e volontà, ad una società criminosa strutturata e finalizzata secondo lo schema legale.

Devono pertanto andare assolti dall'imputazione del reato di associazione per delinquere finalizzata alla perpetrazione di una serie indeterminata di reati di ricettazione, i soggetti concorrenti in tali reati, qualora non sia sufficiente la prova che il contributo offerto singolarmente all'attività illecita dell'autore principale si inserisca in un contesto unitario di attività delinquenziale, con la consapevolezza di tutti di farne parte e di operare in vista del perseguimento di un fine comune dell'associazione.

I requisiti per disporre la confisca ex art. 12 sexies, L 356/1992, sono la titolarità dei beni in capo all'indagato, ovvero la disponibilità dei medesimi se intestati ad interposta persona fisica o giuridica, in valore sproporzionato rispetto al reddito dichiarato a fini fiscali sì da non potersene giustificare la provenienza; conseguentemente la confisca non è affatto subordinata all'accertamento di un nesso eziologico fra i reati per cui si procede e i beni, posto che il legislatore effettua una presunzione (*iuris tantum* dal momento che ammette prova contraria con inversione dell'onere probatorio) di illecita accumulazione.

Se è vero che il legislatore con la previsione della confisca ex art. 12 sexies, L 356/1992, ha creato una presunzione relativa di illecita accumulazione patrimoniale, trasferendo sul soggetto che ha la titolarità o la disponibilità del bene l'onere di giustificarne la provenienza, tale presunzione non opera per quanto concerne la titolarità o la disponibilità da parte del condannato di beni formalmente intestati a terzi (o comunque nella disponibilità di terzi), rispetto ai quali trova vigore la consueta ripartizione dell'onere probatorio, che pertanto incombe sull'accusa.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 9 giugno 2009, n. 571 – Giudice Petri.

DELITTO TENTATO - desistenza- condotta – allontanamento per l'arrivo degli agenti – insussistenza – tentativo – idoneità ed univocità degli atti - sussistenza.

(Artt. 56 e 628 c.p.)

In tema di desistenza, nel caso di un tentativo di rapina ad una banca perpetrata dagli autori cercando di penetrare nei locali di una filiale forzando una porta chiusa, laddove le testimonianze raccolte indichino come questi abbiano effettivamente provato a forzare la porta muniti di attrezzi e col viso coperto da un casco integrale, risulta infondata la tesi della desistenza considerata la progressione nell'azione sino a quel momento raggiunta, tanto più che gli autori del reato mentre ancora "armeggiavano", venivano avvistati dagli agenti di polizia e si davano così alla fuga. Alla luce di tali elementi non risulta pertanto verosimile che abbiano, proprio in quel momento, volontariamente cessato l'azione criminosa.

Appare invece pacifica l'idoneità degli atti (gli imputati avevano paranco e cacciavite per scassinare la porta ed una pistola carica) e l'univocità degli stessi, potendo quindi sostenersi la sussistenza del tentativo.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 5 giugno 2009, n. 640 – Giudice Faraggi.

IMPUTABILITÀ – intossicazione cronica da abuso di sostanze – patologie psichiatriche conseguenti all'abuso di sostanze - vizio totale di mente – sussistenza.

(Artt. 88 e 95 c.p.)

Deve procedersi ad assoluzione per carenza di imputabilità qualora dalla perizia psichiatrica emerga come all'epoca dei fatti contestati l'imputato presentasse un disturbo di personalità borderline che aveva portato, nel corso degli anni, a pesante abuso di sostanze (alcool, eroina e cocaina), tale da configurare un quadro di intossicazione cronica.

Tale intossicazione, presente da moltissimi anni, portava a patologia psichiatrica caratterizzata da spunti paranoidi (collegati all'abuso di cocaina) e deterioramento mentale (ricollegabile ad abuso di eroina ed alcool). L'intossicazione cronica si manifestava a livelli di tale gravità da abolire totalmente la capacità di intendere e di volere, e cioè di valutare criticamente la realtà e di autodeterminarsi, con conseguente giudizio di totale infermità di mente.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 25 agosto 2009, n. 914 – Giudice Papillo.

RIDUZIONE IN SCHIAVITÀ – minacce – obbligo di fare qualcosa – accattonaggio – rapporto di totale dipendenza – riduzione in schiavitù – insussistenza – estorsione – sussistenza.

(Artt. 600 e 629 c.p.)

Non integra il delitto di cui all'art. 600 c.p. la condotta dell'imputata che con gravi minacce abbia costretto la compagna del proprio figlio a mendicare in strada per reperire denaro da inviare in carcere al figlio stesso, detenuto per un reato commesso ai danni della compagna e dalla stessa denunciato.

Tale condotta può semmai qualificarsi nei termini del reato continuato di estorsione avente ad oggetto le somme di denaro ricavate

dall'accattonaggio che l'imputata costringeva la compagna del figlio a consegnarle. (Nel caso di specie, secondo il giudice, tra la parte offesa e l'imputata esisteva indubbiamente una relazione emotivamente complessa, dai contenuti anche affettivi - l'imputata è la madre del "marito" della persona offesa e quest'ultima si è più volte allontanata dalle comunità protette in cui era stata avviata per recarsi presso la "suocera" -, e inoltre la persona offesa si sentiva "in colpa" nei riguardi dell'imputata, essendo le sue dichiarazioni alla base della carcerazione del figlio. L'ambiguità di questi elementi è stata rilevata dal giudice per sostenere l'assenza di quella totale dipendenza che deve caratterizzare il reato in questione).

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 5 maggio 2009, n. 542 – Giudice Baldini.

SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA – obblighi del condannato – reato connesso ad uso di alcool - partecipazione a corso per alcolisti in trattamento – subordinazione del beneficio - applicabilità.

(Art. 165 c.p.; art. 186 D.Lgs 30 aprile 1992 n. 285)

In relazione al reato di cui all'art. 186 D.Lgs. 285/1992 ove venga avanzata istanza di cui all'art. 444 c.p.p. può ritenersi opportuno, come indicato dalla difesa, subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena ai sensi dell'art. 165 c.p. alla regolare frequentazione per anni cinque (a partire dal quindicesimo giorno successivo al passaggio in giudicato della presente sentenza) di apposito corso istituito presso l'ArcaT Liguria (associazione regionale dei club degli alcolisti in trattamento della Liguria), con obbligo per il responsabile della struttura predetta di riferire con frequenza trimestrale al giudice sulla partecipazione del prevenuto alle riunioni.

Documenti

Gadda e la cognizione del delitto

Realino Marra

*Professore ordinario di Sociologia del diritto
e delle professioni legali, di Filosofie della pena
e di Sociologia giuridica e della devianza
nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova*

Nel titolare la mia relazione, dedicata in gran parte al Pasticciaccio del 1957, non ho resistito alla tentazione del ricalco sul titolo dell'altro grande romanzo di Gadda, *La cognizione del dolore*. Non mancano ragioni per argomentare attorno ai legami tra le due opere: entrambe romanzi gialli, ancorché d'un tipo particolare, racconti di un matricidio più o meno velato, simili anche le vittime, signore malinconiche e in un certo modo orbate della maternità, analoga l'ambientazione storica, l'Italia del fascismo e delle sue millanterie su sicurezza e protezione dei sudditi, comune infine, almeno in apparenza, il carattere di opere non terminate (o aperte). Sennonché, va anche riconosciuto, tanto "cognizione" è termine adeguato per caratterizzare la vicenda di Gonzalo e della madre (come intuizione del male oscuro che governa il mondo), quanto non perfettamente sovrapponibile al racconto del Pasticciaccio. Occorrerebbe innanzitutto rinunciare al singolare, e parlare di "delitti", giacché il romanzo narra di una rapina prima e di un omicidio poi, per quanto commessi entrambi nello stesso stabile, in via Merulana a Roma, e quasi certamente collegati tra loro. D'altra parte se la vastità di un tema come la inesorabilità del dolore ammette il significato più debole di cognizione, appunto percezione attonita d'un male tanto grande da non permettere né di divisarne ogni scaturigine né di negarne l'incarnazione nei destini di tutti, per il delitto le cose sembrerebbero stare diversamente. Il delitto è il male degli uomini, volontà raddensata, evento che pare più agevolmente separabile dal garbuglio incircoscritto di realtà e storia. È questa l'immagine affermatasi con la tradizione del romanzo poliziesco (impersonata principalmente da Arthur Conan Doyle), a Gadda ben nota e da lui apprezzata: il delitto intellegibile appunto, che si genera da fatti e intendimenti complessi, ma sostanzialmente numerati e dunque discernibili.

Un racconto incompiuto dei primi mesi del 1928, la Novella seconda, ci fornisce forse la chiave per accedere al pensiero non proprio lineare dell'autore sui canoni del poliziesco. In una nota "critica" al racconto Gadda dichiara risoluto: «Mio desiderio di essere romanzesco, interessante, Dumas, Conandoyliano: non nel senso istrionico (...) ma con un fare intimo e logico. Organismo inesperto emanante dal racconto. Piuttosto Conan Doyle, ricostruttore logico». Poi però, alla fine della nota, Gadda a matita scrive di traverso «cambiato idea». La nota è più lunga delle poche righe che vi ho riportato, difficile quindi individuare precisamente l'oggetto e le intenzioni del pensiero nuovo. Quel che è certo è che nella novella ricorrono osservazioni sullo "smarrimento del volere" che paiono anticipare le tesi del lavoro filosofico dell'autore, la nota Meditazione milanese di pochi mesi successiva, e che soprattutto sono sostenute proprio dall'esempio del delitto, in una prospettiva però decisamente discosta dall'idea di una cognizione definita e rigorosa dell'evento e delle

sue cause. «Il mondo appare [...] come un rotolamento di effetti, e il suo contenuto è già stato enunciato al di fuori di noi. Un'orrenda pietraia rovina giù senza fine». E appunto: «ogni volere è smarrito». Perfino il crimine allora, una delle condotte che si credono più congiunte alla storia personale, determinate da una causa «liberamente arbitrate», non si sottrae in realtà al principio generale che pare essere quello del cadimento accidentale e incontenibile dei fatti. Scopro insomma, con qualche conforto, che anche per il delitto l'impiego di "cognizione" nell'accezione gaddiana più canonica non è poi così fuor di luogo. Torna difatti l'immagine della pietraia nel contesto d'una riflessione sull'opportunità, almeno in linea teorica, di anticipare il giudizio di colpevolezza sui reati; svolta poi con argomenti che ad un penalista (in particolare tedesco) ricorderanno talune analisi recenti sulle alterazioni del diritto penale dello Stato di diritto. Leggiamo ancora Gadda:

Quando compiono il «reato» [gli uomini] sono automi nella tragica e ineluttabile concatenazione di cause [...], mentre ancora qualche libertà possedevano quando i primi, infinitesimali accenni, i primi sommessi sì e no portavano alla deliberazione i loro impulsi contrari. Allora si dovrebbe prenderli e per i moti d'allora giudicarli e magari castigarli: ché il resto è fatale derivazione, così come si può trattenere una pietra che sia in bilico sul ciglio d'un abisso, ma non si potrebbe certo fermarla quando, rimbalzando di roccia in roccia [...], si frantuma [...] per il profondo buio della voragine. Ma quei primi moti, quei sì e quei no impercettibili «non costituiscono reato»: dacché non si può promuovere giudizio contro le intenzioni, né contro le tentazioni.

Cosa fa sovvenire invece questo brano al criminalista italiano? Una vicenda teorica meno vicina nel tempo, ma appunto di grande rilievo per la storia della cultura giuridica del nostro Paese, vale a dire l'influenza duratura della Scuola positiva del diritto penale. Il tragico automa necessitato al delitto è affine all'uomo delinquente di Lombroso? La figurazione gaddiana della fatalità ha qualche relazione col determinismo dei positivisti? Risposte a queste domande sembrerebbero contenute in un'altra delle opere non ultimate di Gadda, *Il racconto italiano di ignoto del novecento*, primo cimento dell'autore con la forma-romanzo. Meditando qui sul tema delle «anime diverse» che non trovano in se stesse la guida d'una legge e dunque nemmeno la possibilità di giudicarsi, Gadda scrive: «io voglio affermare che anche le azioni immorali o criminali rientrano nella legge universale e mi afferro più che al determinismo-eredità (Lombroso, neurologia, psicologia sperimentale, studi biologici) alla mia idea di combinazione-possibilità». Il determinismo, prosegue, «è la lettura della curva della ananche, non la sua spiegazione».

Il tema della combinazione è sviluppato, come sanno i lettori di Gadda, nella *Meditazione milanese* già citata. Tale impulso sarebbe la «mania di differenziazione da cui è affetto l'universo, vera idea fissa [di questo] che vuol "provare ogni esperienza, assaggiare ogni frutto, anche apparentemente malefico"». Sin qui, diremmo, è constatata solo la coesistenza di bene e male, connaturata ai processi evolutivi di moltiplicazione e differenziazione dei viventi che transitano, appunto, talvolta anche per "deviazioni" e "divergenze". Sennonché

proprio le ragioni “finalistiche” della evoluzione paiono suggerire a Gadda una spiegazione del male diversa e più complessa rispetto a quella dei positivisti. Le deviazioni sono utili giacché mettono la realtà (specie quella biologica) sulla strada del perfezionamento: un argomentare, si direbbe, di genere più funzionalistico, affine ad esempio alla teoria della devianza “utile” di Durkheim. Il brano del Racconto italiano prosegue infatti così: «l’immoralità sussiste in quanto sussiste la moralità e viceversa, il crimine in quanto sussiste il giusto, e reagiscono a vicenda». Il male è realtà depotenziata che serve al riconoscimento della deviazione e dunque alla riparazione; d’altra parte non v’è dubbio che sia anch’esso realtà, ancorché difettosa, risultato dell’azione di vari elementi causativi. E tra questi elementi, certo, anche l’azione oscuramente finalistica, orientata al “bene”, del processo di differenziazione. È corretto dunque affermare che, in un certo senso, non solo il male contribuisca al bene, ma che questo, a sua volta, con la sua azione, [con] la forza, con la violenza che esercita sugli ostacoli che incontra, provochi il male.

Ecco: a me sembra che il Pasticciaccio abbia costituito per Gadda, tra le altre cose, l’occorrenza più adeguata allo svolgimento romanzesco di tali assunti. In primo luogo v’è in esso la riadduzione del delitto dal dominio d’una realtà disgiunta, votata intenzionalmente al male e con quell’evidenza dunque che avrebbe consentito la fattura di un poliziesco tradizionale, alla sostanza universale degli eventi: «grovigli o nuclei o gomitoli di rapporti, privi affatto d’un contorno polito» (Meditazione). Incaricato fedele d’una simile dimostrazione è il commissario don Francesco (Ciccio) Ingravallo, una delle figure più memorabili di investigatore della letteratura d’ogni tempo. All’apparenza «mezzo cafone, mezzo addormentato, mezzo tonto», come è detto nella prima redazione del romanzo del 1946-7, il «can barbone nero», lo «scimmione», il «bulldog» Ingravallo è in realtà osservatore penetrante degli uomini e dei loro comportamenti, un inquisitore-filosofo assorto ma avveduto.

I suoi pensieri sui delitti discendono direttamente dalle riflessioni del Gadda filosofo: il reato come una delle molteplici manifestazioni del male, le cui cause pertanto vanno investigate con l’ausilio di una più capiente teoria dei subissi. «Sosteneva [Ingravallo] che le inopinate catastrofi non sono mai la conseguenza [...] d’un unico motivo, d’una causa al singolare: ma sono come un vortice, un punto di depressione ciclonica nella coscienza del mondo, verso cui hanno cospirato tutta una molteplicità di causali convergenti. Diceva anche nodo o groviglio, o garbuglio, o gnommero, che alla romana vuol dire gomito. Ma il termine giuridico “le causali, la causale” gli sfuggiva preferentemente di bocca: quasi contro sua voglia. [...] La causale apparente, la causale principe, era sì, una. Ma il fattaccio era l’effetto di tutta una rosa di [queste] che gli eran soffiare addosso a molinello [...] e avevano finito per strizzare nel vortice del delitto la debilitata “ragione del mondo”».

«La mia monade e il mio io sono delle baracche sconquassate rispetto alle pure sfere d’acciaio di Leibniz e hanno mille finestre e fessure», scrive Gadda nella Meditazione milanese, sintetizzando argutamente la distanza che prende dal suo filosofo prediletto. La monade-Gadda non solo non manca di porte e finestre, come le monadi di Leibniz (settimo paragrafo della Monadologia), ma ne ha talmente tante da rischiare il tracollo a ogni momento. Pure egli avrebbe propensione per i due pilastri della dottrina della conoscenza di Leibniz, da un lato il rispecchiamento del mondo in ogni monade, a suscitare una pluralità di percezioni che di quello non contraddice l’u-

nità, ma che certo la figura da angolature ogni volta diverse; dall’altro la tesi d’una ragione più vasta che fin dal principio delle cose ha regolato le monadi tra loro secondo un disegno armonico, tale per cui la realtà dev’essere pensata come un meccanismo di sincronizzazioni perfette. Solo che Gadda non crede in Dio, e il privilegio dell’assoluta chiarezza accordato dal filosofo alla ragione divina appare al nostro scrittore piuttosto una trasfigurazione della tensione sistematrice della ragione umana. D’altra parte, ogni conoscenza in quanto volontà coordinatrice introduce significati nel reale, e interpretandolo lo modifica (o lo deforma, come scrive Gadda). L’attività rappresentativa delle monadi produce insomma il contrario di ordine e armonia; la realtà è deformazione perenne, mai identica a se stessa, molteplice negli aspetti e nei significati, un logogrifo con un numero infinito di soluzioni. A tali idee alte sulla instabilità e molteplicità del reale, Gadda-Ingravallo raccorda poi considerazioni più da questurino che da filosofo sul ruolo delle passioni nei delitti. Le donne si trovano dove non vorresti trovarle, pensa Ingravallo; una riedizione italica dell’antiquato *cherchez la femme* del poliziotto Jackal di Alexandre Dumas padre, chiosa sornione Gadda, con l’aria di voler prendere le distanze. Le cose stanno però diversamente, come vedremo tra un attimo. «Voleva significare [Ingravallo] che un certo movente affettivo, un tanto o, direste oggi, un quanto di affettività, un certo “quanto di erotia”, si mescolava anche ai “casi d’interesse”, ai delitti apparentemente più lontani dalla tempeste d’amore». Ingravallo è attratto dall’universo femminile, in particolare per la vittima dell’omicidio, Liliana Balducci, ha avvertito emozioni prossime al trasporto d’amore. E tuttavia s’intuisce nei suoi casi anche una modesta frequentazione dell’altro sesso, inconveniente che si traduce alternativamente nell’invidia per i fortunati bellimbusti, drudi e paini di cui viene a conoscenza nel corso delle indagini, e in una misoginia in certi momenti - si direbbe - quasi confusa da se stessa, ma che arriva poi sostanzialmente ad assolversi con argomenti grossolani, ancorché ingemmati da cogitazioni simil-freudiane. Quale quella, ben nota, sulla natura ecologica della personalità femminile che si limiterebbe ad assimilare ed elaborare ragionamenti maschili.

La verità è che anche in questo caso Gadda ha comandato al commissario le proprie opinioni. Ma mentre don Ciccio, come ho detto, prova a volte un vago ritegno, e pare quasi pentirsi delle sue mormorazioni anti-femminili, lo stesso francamente non può dirsi di Gadda. Soprattutto a leggere il suo saggio anti-mussoliniano, *Eros e Priapo*, scritto nel 1944-5, e pubblicato soltanto nel 1967. Adirato, feroce e anche - va detto - tante volte disturbante per le ripetute volgarità e contumelie. Ma lo stesso è doveroso in questa sede dichiararne la rilevanza rispetto alla redazione del romanzo. Nel saggio si rinviene innanzitutto un raccostamento speculare a quello che ho considerato fin qui: se è vero che il delitto appartiene alla categoria generale delle calamità, è anche vero d’altra parte che queste possono manifestarsi direttamente come delitto. È il caso del fascismo, una successione di «azioni criminali» perpetrate per vent’anni. Ebbene soprattutto in questo caso la «causale del delitto», asserisce testualmente Gadda anticipando il pensiero che attribuirà ad Ingravallo, è «causale non esclusivamente ma prevalentemente “erotica”». È stata «una foja pittorica e teatrale» a suscitare la catastrofe, eros che ha trionfato sul logos, istinto «nelle sue forme inconscie e animalesche». Il potere mussoliniano ne ha fatto il vero pilastro del suo durare, con il coinvolgimento di «Sofonisbe fanatizzate» e di una ragazzaglia violenta e stivaluta. E se pure non

mancano osservazioni geniali sui meccanismi di seduzione delle masse da parte del potere, né notazioni antropologiche sul carattere degli italiani che paiono purtroppo non aver perso nulla della loro attualità (si veda ad esempio la registrazione di questa diffusa credenza italica: pensare «che l'esser cafoni e beceri e villanzoni sia sintomo di "virilità"»), in Eros e Priapo sono anche insolenze replicate sulla ecolalia femminile, senza remore e vacillamenti.

Dalla configurazione del delitto come evento originato da più fattori discende un'idea "transigente" di responsabilità che, come ho cercato di dimostrare, affonda le sue radici nei racconti degli anni Venti. Essa è stata alternativamente presentata come un giudizio di assoluzione per tutti i protagonisti che compaiono sulla scena del delitto ("nessuno è responsabile"), ovvero come un asserto di responsabilità generalizzata (l'idea dei Karamazov in sostanza, ognuno è colpevole di tutto e per tutti). Alla luce di quanto sopra, credo sia più corretto attribuire a Gadda il pensiero d'una corresponsabilità limitata: da un lato ciascuno è colpevole in quanto abbia contribuito alla produzione del fatto, ma dall'altro tale responsabilità è appunto circoscritta. E lo è in un duplice senso: in primo luogo perché condivisa con altri, e poi perché rettammente qualificabile in questi termini solo quando sia riconoscibile uno spazio concreto di libertà del volere. D'altra parte, nella rete aggrovigliata della concatenazione degli eventi esso è in genere modesto, talché la singola azione – ricordiamo – si riduce di frequente ad essere soltanto una sorta di agevolazione contingente del prodursi inesorabile del fatto.

Come volontà libera, l'intendimento del delitto per Gadda si percepisce quasi di più, lo abbiamo visto, nella dimensione del pensiero e delle passioni. Da questo punto di vista sono rivelatrici le considerazioni di Ingravallo sui comportamenti delle due vittime, la contessa Menegazzi prima, rapinata in casa, e poi Liliana Balducci, derubata anch'essa e brutalmente uccisa. Entrambe con le loro fantasie e apprensioni hanno contribuito in qualche misura al crimine, proprio perché prefigurandolo lo hanno, in un certo modo, voluto. È la forza della suggestione di cui parla Montaigne in un lungo capitolo dei Saggi (*fortis imaginatio generat casum*) a proposito delle reazioni fisiologiche più diverse, e poi da Dostoevskij riferita espressamente al crimine (in particolare con la storia di Ivàn, sempre nei Karamazov, che spinge inconsciamente Smerdjàkov a uccidere il padre, e per questo si riconosce poi colpevole, per aver desiderato e immaginato). A proposito del primo delitto e della prima vittima, Gadda scrive: «La lunga attesa dell'aggressione a domicilio [...] era divenuta coazione: non tanto a lei e a' suoi atti e pensieri, di vittima già ipotecata, quanto coazione al destino, al "campo di forze" del destino. [...] Perché Ingravallo, similmente a certi nostri filosofi, attribuiva un'anima, anzi un'animaccia porca, a quel sistema di forze e di probabilità che circonda ogni creatura umana, e che si vuol chiamare destino». E il concedersi sfibrato e quasi sottomesso di Liliana all'assassino conduce il commissario a quest'altra considerazione: «La morte gli apparve [...] una decombinazione estrema dei possibili, uno sfasarsi di idee interdipendenti, armonizzate già nella persona. Come il risolversi di un'unità che non ce la fa più ad operare come tale, nella caduta improvvisa dei rapporti, d'ogni rapporto con la realtà sistematrice».

Le vittime responsabili dei due delitti, dunque. Ma certo non da sole. Responsabili tutti i casigliani di via Merulana per l'ostentazione d'opulenza che ha fatto "venir voglia alla gente"; e così le forze dell'ordine che avrebbero potuto vigilare per

impedire almeno il secondo fattaccio; colpevole anche il fascismo per il comando reboante di modelli di condotta (filiate e moltiplicatevi) che hanno reso i deboli, come Liliana, la ecolalica Liliana, ancor più esposti agli assalti della mala sorte. Ma allo stesso tempo la responsabilità di cui Gadda questiona è evidentemente solo morale. È questo difatti l'unico giudizio che egli si sente di esprimere, coerentemente con le premesse che si sono viste: di responsabilità può parlarsi solo quando sussista una certa autonomia del volere; al contempo essa pare in realtà più grande proprio in una dimensione di aspirazioni e intenzioni, normalmente inattuabile dal diritto. Il problema è che la macchina della giustizia – con l'eccezione di Ingravallo, certo – non ragiona a questo modo. Il diritto si rifiuta di considerare i realizzatori sensibili dell'atto come gli ultimi esecutori d'un destino in buona parte già scritto. Per la giustizia la loro responsabilità morale di persone, con passioni e sentimenti di cupidigia e di odio, di amore e di vendetta, in questo dunque nient'affatto diverse dagli altri protagonisti sulla scena della vita, è sufficiente, quando sia opportunamente posizionata verso la fine degli eventi, per dichiararne la colpevolezza giuridica, e con questo automaticamente escludere, assolvendolo, ogni altro attore.

Come nella Cognizione, Gadda non dà la soluzione del giallo. Nel Pasticciaccio i nomi dei due responsabili finali non vengono apertamente pronunciati. Ma il lettore che segua con attenzione lo svolgersi del racconto nella seconda metà del romanzo, e si concentri in particolare sul settimo capitolo, quello dell'interrogatorio di Ines Cionini (commovente figura di prostituta e ladra bambina), può in effetti arrivare da sé alla spiegazione di entrambi gli enigmi. Il luogo in cui sono germinati i pensieri e le risoluzioni in vista dei delitti è la bettola-laboratorio di Zamira Pàcori, sarta, tintora, maga, ex prostituta e ruffiana; qui ha lavorato anche la Ines; e qui lavorano ancora, tra le altre, le cugine Lavinia e Camilla Mattonari, fidanzate entrambe di Enea Retalli detto Iginio, che ha rapinato la Menegazzi. Su questo il lettore non può aver dubbi, la responsabilità del ragazzo è svelata chiaramente dai pensieri di una delle due, Lavinia. Sulle tracce di Retalli sono i carabinieri; ma sino alla fine del romanzo egli riuscirà a sfuggire alla cattura.

Camilla Mattonari, la sua fidanzata brutta, è a sua volta amica d'una ragazza che è stata a servizio a Roma. Occorre davvero essere provvisti di un acume particolare per capire di chi si tratta? Ines dà indicazioni precise: questa ragazza pare un diavolo vestito da donna, ha due occhi come stelle nere dell'inferno, come fosse una strega o una zingara, o più semplicemente una persona che vuole vendicarsi di qualcuno. Senza uno sforzo di memoria particolarmente laborioso (si tratta di tornare indietro nel romanzo d'una trentina di pagine), il lettore ricorderà la più bella e la più feroce delle giovani adottate "provvisoriamente" da Liliana Balducci per compensare l'assenza di figli: è Virginia Troddu, evocata dal confessore di Liliana, don Lorenzo Corpi, come la diavola di corallo, con la pelle d'avorio e con due occhi che sembrano aver ipnotizzato tanto la signora Balducci che il marito. E anche qualcosa di più, come s'intende dal racconto a seguire del sacerdote, e come Ingravallo capisce senza sforzo. Quel tanto di "passione", appunto, che eravamo pronti ad attenderci in base alle prefigurazioni di don Ciccio. E quando questi rivive l'omicidio, in una pagina superba del secondo capitolo, l'ultima immagine che fa apparire alla vista di Liliana morente sono gli occhi dell'assassino, occhi non più di uomo ma di animale, di «belva infinita». Un altro riferimento

a Virginia, chiamata bestiaccia da don Lorenzo, e poi squalo o pantera.

Rimane ancora qualcosa da svelare? Sì, ma in fondo nulla di realmente decisivo; portare alla luce, magari, la sequenza di intenzioni e accadimenti che dopo il primo delitto ne ha generato uno ancor più grave. Nel romanzo il fortunato brigadiere Pestalozzi che scopre da Camilla Mattonari la refurtiva della contessa, affidatale dal Retalli, si trattiene dal verificare se in essa si trovino anche gioielli di Liliana. Questo Gadda davvero vuole risparmiarlo al suo Don Ciccio: un carabiniere, per di più piemontese, che arriva a Virginia Troddu prima di lui. Ma si comprende come manchi ormai poco, poche sequenze soltanto, tutte rimesse all'intelligenza del lettore. Ingravallo decide di interrogare le due ragazze conosciute durante le sue frequentazioni di casa Balducci che maggiormente lo hanno colpito; entrambe bellissime, la Virginia appunto, una delle "nipoti" ufficiali, e poi la serva Assunta, o Tina, Crocchiapani (che a Virginia somiglia vagamente; sappiamo infatti dalla prima redazione del 1946-7 che tra loro son cugine).

Quando Ingravallo va a cercare Assunta a Tor di Gheppio ha già in animo di sentire anche Virginia che sta alla Pavona, come sappiamo dalle informazioni di Ines. Intuiamo che il commissario sospetta entrambe (o una delle due) di complicità, non di aver commesso direttamente l'assassinio; stringe d'assedio Assunta perché vuole da lei il nome dell'omicida, e chiaramente s'aspetta il nome di un uomo, magari quello di uno dei bellimbusti che gravitano attorno all'anatro della Zamira: l'assassino dal «polso villosa», dalla «mano implacabile e nera». Siamo così all'ultima, celebre scena del romanzo. La splendida Assunta, la «vergine albana», richiesta d'un nome, grida la sua innocenza. Dottore, non sono stata io. In questa maniera Assunta non risponde alla domanda di Ingravallo; ma assolvendo se stessa fa evidentemente molto di più. Perché un uomo, in fondo? E non invece una donna, diversa però da Assunta, bellissima anch'essa, ma non pallida, altera e silenziosa, bensì nera, diabolica, selvaggia, la Virginia che seduce uomini e donne, dai modi insolenti, che si fa beffe delle funzioni religiose cantando a messa con la voce da uomo? Il grido di innocenza di Assunta ferma il furore del commissario, lo induce a riflettere e a ripentirsi. Sulle prime invero non capisce ancora, ma è soltanto questione d'un attimo e Ingravallo – ci avverte Gadda – intenderà ciò che il lettore immaginava in realtà da tempo.

«La Virginia! [...] un repentino fulgore nella tenebra»: è l'immagine che riscuote l'assonnato commissario quando, nelle primissime pagine del romanzo, ripensa alla più seducente delle nipoti adottate da Liliana. Se Gadda avesse scelto di portarle o riprodurle qui, alla fine del Pasticciaccio, nemmeno una riga a conti fatti, probabilmente tutte le discussioni sull'incompiutezza del romanzo non avrebbero più avuto ragion d'essere.

Pure Gadda, come è noto, avrebbe voluto continuare il Pasticciaccio. Ma quando poi tale progetto è accantonato, egli si premura di proclamare a gran voce che l'epilogo ambiguo del romanzo è il frutto d'una scelta intenzionale. In un'intervista a Dacia Maraini, ad esempio, dichiara che il Pasticciaccio deve considerarsi «letterariamente concluso»: «il poliziotto capisce chi è l'assassino e questo basta». In realtà, penso, il romanzo è concluso giacché i nomi dei responsabili, ancorché non rivelati, possono essere, con un po' d'impegno, profetati dal lettore. Che poi quella riga mancante avrebbe potuto generare perfino un altro romanzo nessuno ovviamente può metterlo in dubbio, nel caso di un autore come Gadda. È che a questo punto egli aveva semplicemente perso l'interesse, e fors'anche l'energia, ad un seguito.

Per chiudere, credo insomma che "incompiuto" sia qualificativo inappropriato; direi piuttosto "reticente", in conseguenza d'una riluttanza quasi istintiva, ma alla fine - per parafrasare Contini - riconosciuta e approvata. Gadda fa capire chi sono gli autori materiali dei due delitti, e segnala al lettore che anche il commissario è ormai vicino alla soluzione. Al contempo egli arriva a valutare in qualche modo congeniale alla sua considerazione degli eventi una chiusa in cui solo l'autore e il lettore hanno inteso, e non ancora i rappresentanti della giustizia. Giacché questa cognizione troppo definita tramuterebbe la responsabilità di Retalli e Virginia in una responsabilità giuridica irremissibile, e col fatale oscuramento di tutte le altre "causali" del delitto. E questo Gadda non lo vuole, come non lo vuole, in fondo, nemmeno il suo commissario. Il quale nella scena già richiamata, in cui rivive l'omicidio con gli occhi della vittima, trasferisce ad essa, all'amata Liliana, la sua visione spersonalizzata del delitto. Gli occhi della belva che le sta strappando la vita rivelano a Liliana, provvista negli attimi finali della cognizione di dolore e morte di Ingravallo, rivelano alla vittima, tutta insieme, la ferocia «insospettata» delle cose.